

Rechte an Sachen als sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
PETER KOCH

1960

Rechte an Sachen als sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
PETER KOCH
1960

Referent: Professor Dr. Wolfgang Kunkel
Correferent: Professor Dr. Hermann Krause
Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1960 (Schlußberatung)



Druck: Julius Mössinger, Karlsruhe-Durlach

VORWORT

Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag zum Schadensersatzrecht liefern, das im modernen Wirtschafts- und Sozialleben immer mehr an Bedeutung gewonnen hat. In ständig zunehmendem Maße ist die Vorschrift des § 823 BGB und insbesondere der darin enthaltene Begriff des „sonstigen Rechts“ Diskussionsgegenstand in Wissenschaft und Rechtsprechung. Ausgehend von der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte dieser Bestimmung ist im folgenden der Versuch gemacht worden, die Verletzungstatbestände und ihre Rechtsfolgen, soweit Rechte an Sachen betroffen sind, unter Berücksichtigung der gesamten Literatur und Judikatur systematisch darzustellen. Dabei wurde auf Einzelheiten und Dogmatik in gleicher Weise Wert gelegt.

Überwiegend wurde bayerisches Landesrecht herangezogen; allerdings wurden Abweichungen in den entsprechenden Gesetzen der anderen Bundesländer weitgehend berücksichtigt. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand vom 1. Februar 1961, da Literatur und Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt nachgetragen werden konnten.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Wolfgang Kunkel, München, für die verständnisvolle Betreuung der Arbeit. Durch die mir immer wieder gewährte Aussprache erhielt ich wertvolle Anregungen und Ratschläge, die mir die Bearbeitung des umfangreichen Stoffes wesentlich erleichtert haben.

München, am 1. Februar 1961

Peter Koch

INHALTSVERZEICHNIS

Erster Abschnitt: Die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des § 823 Abs. 1 BGB	9
§ 1. Einleitung	9
§ 2. Die Entstehungsgeschichte des § 823 Abs. 1 BGB	12
§ 3. Die Entwicklung des Begriffs der „sonstigen Rechte“ unter besonderer Berücksichtigung der Rechte an Sachen	15
Zweiter Abschnitt: Die einzelnen Rechte an Sachen	17
Erster Unterabschnitt: Die dinglichen Rechte	18
§ 4. Das Anliegerrecht des Grundstückseigentümers	20
I. Das Recht des Grundeigentümers auf Unterlassung schädigender Anlagen gemäß § 907 BGB	20
1. Die Rechtsnatur des Abwehranspruchs aus § 907 BGB	20
2. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Rechts auf Unterlassung schädigender Anlagen gemäß § 907 BGB	21
II. Das Notwegrecht	22
III. Rechte auf Grund nachbarrechtlicher Vorschriften des Landesrechts	23
1. Das Fensterrecht	24
2. Das Lichtrecht	25
3. Das Hammerschlags- und Leiterrecht	26
4. Das Anwenderecht	26
5. Das Trepprecht	27
6. Das Grundstücksbenutzungsrecht des Waldbesitzers	27
IV. Das Recht des Straßenanliegers auf Zugang zu seinem Grundstück	28
1. Das Anliegerrecht im engeren Sinne und der Anliegergebrauch	28
2. Die rechtliche Konstruktion eines Schadensersatzanspruchs des Anliegers bei Veränderungen der öffentlichen Straße	29
3. Die Rechtsnatur des Anliegerrechts im engeren Sinne	31
4. Die Verletzung des Anliegerrechts im engeren Sinne	32
5. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Anliegerrechts	35
Anhang	
6. Das Recht auf Fortbestand des bisherigen Straßenzustandes	36
§ 5. Erbbaurecht und Dienstbarkeiten	37
I. Erbbaurecht	37
1. Das Wesen des Erbbaurechts	37
2. Die Verletzung des Erbbaurechts	37
II. Dienstbarkeiten	37
1. Die Grunddienstbarkeiten	38
2. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten	38
3. Die Rechtsnatur der Dienstbarkeiten	39

4. Die Verletzung der Dienstbarkeiten	39
5. Der Nießbrauch	41
6. Das Dauerwohnrecht und verwandte Rechte	43
§ 6. Dingliches Vorkaufsrecht und Reallasten	44
I. Das dingliche Vorkaufsrecht	44
1. Das Wesen des Vorkaufsrechts	44
2. Die Verletzung des Vorkaufsrechts durch den Eigentümer	44
3. Die Verletzung des Vorkaufsrechts durch den Käufer	45
4. Gesetzliche Vor- und Wiederkaufsrechte	45
5. Das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht	45
II. Die Reallasten	46
1. Die Rechtsnatur der Reallast	46
2. Die Verletzung der Reallast	46
3. Das Abfindungsrecht für abgelöste Reallasten	46
§ 7. Die Grundpfandrechte	48
I. Die Hypothek	48
1. Die Rechtsnatur der Hypothek	48
2. Der dingliche Schutz des Hypothekengläubigers	49
3. Die Verletzung der Hypothek als unerlaubte Handlung	49
4. Die Wegnahme wesentlicher Bestandteile	49
5. Die Entfernung von Zubehör	51
6. Die Verletzung der Hypothek durch den Konkursverwalter	54
7. Die Verletzung der Hypothek durch öffentlich-rechtlichen Eingriff	55
8. Art und Umfang des Schadensersatzanspruches	55
9. Die Haftung der Beteiligten als Gesamtschuldner	57
10. Die Verzögerung der Befriedigung des Hypothekengläubigers	57
11. Das Ersatzrecht auf den Erlös bei der Zwangsversteigerung	58
12. Der Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Hypothek nach früherem Recht	59
Anhang	
13. Die Meinung Leonhards	60
II. Die Grund- und Rentenschuld	60
1. Begriff und Wesen der Grundschuld	60
2. Die Eigentümergrundschuld	60
3. Die Verletzung der Grundschuld	61
4. Die Rentenschuld	62
§ 8. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten	64
I. Die vertraglichen Pfandrechte	64
1. Die Verletzung des vertraglich bestellten Pfandrechts an beweglichen Sachen	64
2. Besitzlose Vertragspfandrechte	66
a) Schiffshypothek	66
b) Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen	66
c) Pachtinventarpfandrecht	67
d) Kabelpfandrecht	67
3. Die Vertragspfandrechte an Rechten	68
II. Die gesetzlichen Pfandrechte	70
1. Die verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte	70
a) Die gesetzlichen Pfandrechte nach dem BGB	70
b) Die gesetzlichen Pfandrechte nach dem HGB	71
c) Die gesetzlichen Pfandrechte in Nebengesetzen	74

2. Die Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts	76
3. Die Verletzung des Vermieter- und Verpächterpfandrechts	78
III. Das Pfändungspfandrecht	82
1. Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts	82
2. Die Verletzung des Pfändungspfandrechts	84
3. Das privatrechtliche Pfändungspfandrecht	86
a) Das Pfändungspfandrecht nach dem bayer. Feldschadengesetz	86
b) Das Pfändungspfandrecht nach dem bayer. Fischereigesetz	87
§ 9. Das Ablösungsrecht nach § 1249 BGB	89
1. Die Ablösungsbefugnis und das ihr zugrunde liegende dingliche Recht	89
2. Die Verletzung des Ablösungsrechts	89
Zweiter Unterabschnitt: Aneignungs- und Anwartschaftsrechte	90
A. Die Aneignungsrechte	90
a) Die freie Aneignung	92
§ 10. Die freie Aneignung herrenloser beweglicher Sachen	92
1. Die wirtschaftliche Bedeutung der freien Aneignung	92
2. Die Rechtsnatur der freien Aneignung	93
b) Aneignungsrechte an herrenlosen Sachen	94
§ 11. Das Aneignungsrecht des Fiskus an herrenlosen Grundstücken	94
1. Die Aufgabe des Grundeigentums	94
2. Das Aneignungsrecht an herrenlosen Grundstücken	94
3. Der Schadensersatzanspruch des Verletzten	97
§ 12. Das Jagdrecht	100
1. Das Wesen des Jagdrechts	100
a) Das Hegerecht	101
b) Das Recht zur Jagdausübung	101
c) Das Recht zur Aneignung der Jagdbeute	101
2. Die Rechtsstellung des Jagdpächters	102
3. Die Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten	105
4. Der Jagdbetrieb als immaterielles Rechtsgut	115
5. Die Berechnung des Schadens bei Verletzung des Jagdrechts	119
§ 13. Das Fischereirecht	126
1. Die Hochsee- und Küstenfischerei	126
2. Das Fischereirecht in Binnengewässern	128
3. Die Fischereiberechtigung und ihr Rechtsschutz	131
a) Das Eigentumsfischereirecht	131
b) Das selbständige Fischereirecht	131
4. Die Verletzung des Fischereirechts	136
5. Das Verhältnis zum Wasserrecht	141
6. Die Verletzung des Fischereirechts durch Abwässerunreinigung	144
7. Der Schadensumfang	153
a) Vorübergehende Schäden	155
b) Umstellungsschäden	155
c) Dauerschäden	156
§ 14. Die Wassergebrauchsrechte	157
1. Eigentumsverhältnisse an Gewässern	157
2. Die Rechtsnatur der Wassergebrauchsrechte	159
3. Arten der Wassergebrauchsrechte	160
4. Die Verletzung des Wassergebrauchsrechts	162

§ 15. Das Bergwerkseigentum	165
1. Die Entstehung des Bergwerkseigentums	165
2. Die Rechtsnatur des Bergwerkseigentums	166
a) Das Bergwerkseigentum als wirkliches Sacheigentum	166
b) Das Bergwerkseigentum als dingliches Recht an fremden Sachen	167
c) Das Bergwerkseigentum als Doppelrecht	167
d) Das Bergwerkseigentum als Immaterialgüterrecht	168
3. Die Verletzung des Bergwerkseigentums	171
γ) Aneignungsrechte an fremden Sachen	176
§ 16. Aneignungsrechte an fremden Sachen nach dem BGB	176
1. Das Recht des Grundeigentümers aus § 910 BGB bei Überhang und Überwuchs	176
2. Wegnahme- und Aneignungsrechte hinsichtlich verbundener wesentlicher Bestandteile	177
3. Das Aneignungsrecht des Nichtbesitzenden auf Erzeugnisse und wesentliche Bestandteile einer Sache	181
4. Das Aneignungsrecht des Verwahrers	183
§ 17. Das Aneignungsrecht an fremden Tauben nach Landesrecht	184
B. Die Anwartschaftsrechte	184
§ 18. Die Rechtsstellung des Grundstückserwerbers zwischen Auflassung und Grundbucheintragung	187
1. Die Bindung an die Einigung	187
2. Die Rechtsstellung des durch eine Vormerkung Berechtigten	189
3. Die Rechtsstellung des Erwerbers von beweglichen Sachen zwischen Einigung und Übergabe	191
§ 19. Das Anwartschaftsrecht beim Fund und Schatzfund	193
1. Das Anwartschaftsrecht des Finders auf Eigentumserwerb	193
2. Das Anwartschaftsrecht des Entdeckers beim Schatzfund	194
§ 20. Anwartschaftsrechte bei der Hypothekenbestellung	196
1. Das Anwartschaftsrecht des Gläubigers zwischen Eintragung der Hypothek und Entstehung der Forderung	196
2. Das Anwartschaftsrecht des Hypothekengläubigers zwischen Einigung und Briefübergabe	197
3. Die Anwartschaft des Eigentümers auf eine Eigentümerhypothek	197
§ 21. Das Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers	198
1. Die Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers	198
2. Das Anwartschaftsrecht aus der Tabularersitzung	199
3. Die Verletzung der Anwartschaft des Ersitzungsbesitzers	199
§ 22. Das Anwartschaftsrecht des besitzenden Fruchtziehungsberechtigten	201
1. Das Anwartschaftsrecht des besitzenden Fruchtziehungsberechtigten	201
2. Die Verletzung des Anwartschaftsrechts des Fruchtziehers	202
3. Das Anwartschaftsrecht bei der Gestattung durch einen Nichtberechtigten	203
4. Das Anwartschaftsrecht des gutgläubigen Besitzers	203
5. Anwartschaftsrechte der dinglich Berechtigten	204
6. Der Fruchterwerb des Eigentümers	204
§ 23. Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung	205
1. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers	205
2. Die Verletzung des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers	208

3. Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs	211
Anhang	
4. Der Eigentumsvorbehalt	213
5. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt	213
Dritter Unterabschnitt: Anteilsrechte	214
§ 24. Die Aktie	214
1. Die Rechtsnatur der Aktie	214
2. Die Verletzung der Aktie	215
§ 25. Der Geschäftsanteil einer GmbH und andere Anteilsrechte	216
1. Die Rechtsnatur des Geschäftsanteils einer GmbH	216
2. Der Kux	217
Vierter Unterabschnitt: Der Besitz	219
§ 26. Die Rechtsnatur des Besitzes	220
1. Der Besitz als subjektives Recht	220
2. Der Besitz als Tatsache	225
§ 27. Das Recht zum Besitz	228
1. Das Wesen des Rechts zum Besitz	228
2. Die Verletzung des Rechts zum Besitz	233
3. Der Schadensersatzanspruch	237
Dritter Abschnitt: Der Begriff des sonstigen Rechts im Sinne von § 823	
Abs. 1 BGB	239
§ 28. Der Begriff des „sonstigen Rechts“	239
Sachverzeichnis	240

Die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des § 823 Abs. 1 BGB

§ 1. Einleitung

Die Vorschrift des § 823 BGB ist der Grundtatbestand des deutschen Schadensersatzrechts. Es ist daher verständlich, daß diese Bestimmung als eine der wichtigsten Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den im Schrifttum am meisten behandelten Vorschriften gehört, mit denen sich auch die Rechtsprechung immer wieder zu beschäftigen hat.

Das Schadensersatzrecht des BGB und damit auch die Vorschrift des § 823 BGB beruhen auf dem Ergebnis der Entwicklung, das das römische, gemeine und französische Recht sowie die deutschen Partikularrechte gebracht haben. Das römische Recht kannte keinen einheitlichen Deliktsbegriff, sondern nur einzelne gesonderte Delikte, die ohne systematischen Zusammenhang durch Gesetz und Edikt dem Bedürfnis entsprechend entstanden waren¹⁾. Auch ihre Rechtsfolgen waren verschieden, indem sie teils auf Schadensersatz, teils auf Strafe, teils sogar auf beides gingen. So bildete sich im römischen Recht ein großer Kreis von einzelnen Privatdelikten, deren jedes seinen bestimmten Tatbestand hatte und bei Vorliegen dieses Tatbestandes ebenso bestimmte „actiones“ gewährte. Indes gestattete das römische Recht aber eine weitgehende analoge Ausdehnung und Rechtsbildung, so daß die einzelnen Delikte, wie besonders das „damnum iniuria datum“ und das aus der lex Aquilia, im Laufe der Rechtsentwicklung eine bedeutende Erweiterung erfuhren und dadurch einen weiteren Rahmen boten. Zu einem einheitlichen privatrechtlichen Deliktsbegriff ist aber auch das spätere Recht trotz des weiten Anwendungsgebietes der lex Aquilia nicht gelangt.

Demgegenüber haben neuere Gesetzeskodifikationen einen allgemeinen Deliktsbegriff aufgestellt. Dieser Weg wurde zuerst vom Allgemeinen Preußischen Landrecht besritten, das die Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht aus Delikt in I, 6 § 10 ALR ganz allgemein so formulierte:

„Wer einen anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugtuung leisten.“

Dabei wurde der Begriff der Beleidigung in I, 6 § 8 ALR folgendermaßen erläutert:

„Wer jemand ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben.“

Der allgemeine Deliktsbegriff fand auch im französischen code civil Aufnahme, dessen Art. 1382 in abstrakter Formulierung bestimmt:

„Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.“

¹⁾ Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 1949 § 118, 1 N. 1 = S. 191; §§ 157 ff = S. 252 ff.

Auch das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 116, 117, 773 ff, 1483 ff) folgt dieser Regelung. In ähnlicher Weise heißt es im Schweizerischen Obligationenrecht (Art. 41 OR):

„Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet.“

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist weder den Weg der genau umschriebenen Tatbestände noch den des allgemeinen Deliktsbegriffs gegangen. Es wollte beide Gefahren meiden. Nach den in der Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch²⁾ enthaltenen Erwägungen sollte nach dem Vorbild der meisten neueren Gesetzgebungen nicht wie im römischen Recht eine Schadensersatzpflicht nur für bestimmte unerlaubte Handlungen anerkannt werden, sondern die Voraussetzungen der Haftung aus solchen Handlungen auf allgemeiner Grundlage geregelt werden. Andererseits wollte man sich aber nach dem Vorbild des französischen Rechts auch nicht mit der Aufstellung des unbestimmten Grundsatzes begnügen, daß, wer widerrechtlich aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit einem anderen Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist. Vielmehr wollte das BGB die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht schärfer begrenzen, um dadurch eine feste gesetzliche Grundlage für die richterliche Entscheidung zu schaffen³⁾. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat also einen vermittelnden Standpunkt einnehmen wollen.

Die schärfere Begrenzung der Ersatzpflicht hat unter anderem zu der Formulierung in § 823 Abs. 1 BGB geführt, daß die Verletzung des „Eigentums oder eines sonstigen Rechts“ den Täter schadensersatzpflichtig macht. Es erscheint zweifelhaft, ob dadurch das in der Denkschrift gesteckte Ziel, eine feste gesetzliche Grundlage für die richterliche Entscheidung zu schaffen, erreicht worden ist. Fest steht jedenfalls, daß sich mit dem Begriff und der Verletzung der „sonstigen Rechte“ eine kaum übersehbare Fülle von Gerichtsentscheidungen zu beschäftigen hatte, wie es der Gesetzgeber wohl niemals erwartet hätte. In der Judikatur, die sich mit den „sonstigen Rechten“ befaßt, spiegelt sich eine Rechtsentwicklung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Zahlreiche alte Streitfragen sind noch nicht endgültig ausgetragen, und neue Probleme entstehen im Zuge der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, insbesondere auch durch Bildung und Anerkennung neuer Rechte. Es ist also durch die Einführung des Begriffs der sonstigen Rechte, wie es Dernburg⁴⁾ drastisch ausdrückt, ein „Tummelplatz für Streitfragen“ geschaffen worden.

Von Anfang an herrschte darüber Einigkeit, daß die Rechte an Sachen „zweifelos“ zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehören⁵⁾. Aber eine nähere Betrachtung zeigt, daß dieses wichtige Teilgebiet, das im Gegensatz zu dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁶⁾ und dem Persönlichkeitsrecht⁷⁾ noch keine zusammenfassende Darstellung gefunden hat, einen erheblichen Umfang angenommen hat und viele Einzelfragen enthält.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, ausgehend von der Vorstellung des Gesetzgebers und der weiteren Entwicklung die Rechte an Sachen in ihrem Umfang, ihren Verletzungsmöglichkeiten und ihrem Rechtsschutz durch § 823 Abs. 1 BGB

²⁾ Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1896 S. 148/149

³⁾ Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1896 S. 149

⁴⁾ Dernburg-Raape, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1915 § 383 III = S. 748

⁵⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888 2. Bd. S. 728

⁶⁾ Schippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, 1956

⁷⁾ Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1953

möglichst erschöpfend darzustellen. Dabei wird besonderes Gewicht auf Vollständigkeit im abgegrenzten Bereich und eine umfassende Behandlung der Judikatur gelegt. Gleichzeitig lassen sich aus den hierdurch gewonnenen Erkenntnissen allgemeine Grundsätze für den Begriff des sonstigen Rechts ableiten, die auch auf die übrigen, hier nicht erörterten sonstigen Rechte Anwendung finden können. Jedem einzelnen Recht ist eine chronologisch geordnete Literatur- und Rechtsprechungsübersicht vorangestellt.

§ 2. Die Entstehungsgeschichte des § 823 Abs. 1 BGB

Literatur: Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1900 S. 13; Spillmann, Was ist unter dem Ausdrucke „oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB zu verstehen? 1908 S. 13—19; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 2—6; Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913 S. 6—13; Lehning, Die Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte, 1934

Im 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte der dem jetzigen § 823 entsprechende § 704 folgenden Wortlaut:

Abs. 1: Hat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene Handlung — Tun oder Unterlassen — einem anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht.

Abs. 2: Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen.

Die Motive¹⁾ waren dabei davon ausgegangen, daß die Schadensersatzpflicht, wenn ein in allen Fällen ausreichender Schutz gegen unerlaubte Handlungen gewährt werden solle, nicht an einzelne bestimmte, möglicherweise nicht erschöpfend gestaltete Delikte zu knüpfen sei, sondern allgemein als die mögliche Rechtsfolge einer jeden unerlaubten Handlung aufzustellen sei. Es wurden nach der Bestimmung des § 704 zwei verschiedene Tatbestände, die zum Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verpflichten sollten, aufgestellt. Während in Abs. 1 allgemein die einen Schaden verursachende vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Handlung als unerlaubte Handlung erscheint, wird in Abs. 2 die aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Verletzung des Rechts eines anderen als unerlaubte Handlung bezeichnet. Beiden Absätzen war das objektive Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit gemeinsam. Widerrechtlich ist aber nach den Motiven²⁾ vor allem das Handeln gegen ein Verbotsgesetz. Doch sollen dabei nicht bloß solche Gesetze in Betracht kommen, die unmittelbar ein Verbot zum Gegenstand haben, sondern auch diejenigen, die mittelbar, insbesondere in Form einer Strafandrohung, ein Verbot enthalten (§ 704 Abs. 1). Ebenso zweifellos widerrechtlich sei aber auch die Verletzung des einem anderen zustehenden absoluten Rechts. Es liege im Begriffe eines solchen subjektiven Rechts, daß jeder Dritte es achten müsse und nicht verletzen dürfe. Die beiden Absätze unterscheiden sich also dadurch, daß in Abs. 1 die Verletzung eines absoluten Verbotsgesetzes und in Abs. 2 die Verletzung eines absoluten Rechts eines anderen behandelt wurde.

Nur die Verletzung absoluter Rechte sollte gemäß § 704 Abs. 2 E I schadensersatzpflichtig machen. Nach der Auffassung der Redaktoren gehören zu den absoluten Rechten „zweifelloso das Eigentum und die anderen Rechte an Sachen“³⁾. Außerdem äußern sich die Motive⁴⁾ auch über die Zugehörigkeit der Forderungs-

¹⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888, 2. Bd. S. 725

²⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888, 2. Bd. S. 726

³⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888, 2. Bd. S. 728

⁴⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888, 2. Bd. S. 727

rechte zu § 704 Abs. 2 E I. Es wird ausgeführt, daß auch die Verletzung des Rechts aus einem Schuldverhältnis widerrechtlich sei. Aber wie aus dem Schuldverhältnis nur Rechte gegen den Schuldner entstehen, so könne sich auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechts schuldig machen. Diese Rechtsverletzung sei überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Es könne auch ein Dritter, wenn er in die obligatorischen Rechte eines anderen schädigend eingreife, dem anderen Schadensersatzpflichtig werden, aber nur, wenn seine Handlung aus einem anderen Grunde als wegen der Schädigung des obligatorischen Rechts zum Schadensersatz verpflichte.

Diese Fassung der Schadensersatznorm im 1. Entwurf fand nicht die Billigung der 2. Kommission. Man war der Ansicht, daß der Standpunkt des § 704 E I innerlich unbegründet sei und zu unangemessenen Ergebnissen führe⁵⁾. Da es häufig schwer sei, die rechtlich geschützten Interessen und die absoluten Rechte auseinanderzuhalten, wurden die Fälle der beiden Absätze einander gleichgestellt. Dementsprechend beschloß die Kommission die Schadensersatznorm als § 746 Abs. 1 des 2. Entwurfes folgendermaßen neu zu formulieren:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines anderen widerrechtlich verletzt oder gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem anderen zum Ersatz des dadurch entstehenden Schadens verpflichtet. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dasselbe auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

Dabei war die 2. Kommission von der Erwägung ausgegangen⁶⁾, daß die Vorschriften über unerlaubte Handlungen zu den Normen gehörten, die dazu bestimmt seien, die Rechtskreise der einzelnen, innerhalb deren diese ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen. Der Rechtskreis des einzelnen umfasse — so wurde betont — zunächst seine eigentlichen Vermögensrechte, dingliche wie obligatorische, sodann aber auch seine sogenannten Persönlichkeitsrechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, Ehre), die durch das an jedermann gerichtete Verbot eines Eingriffs ebenso geschützt seien wie die Rechte an Sachen. Als Grundfall der Rechtsverletzung, auf dem die anderen Rechtsverletzungen aufbaumäßig beruhen, wurde also der Eingriff in Rechte an Sachen angesehen.

Gleichzeitig strich die Kommission⁷⁾ den letzten Satz von § 704 Abs. 2 E I, weil es unnötig sei, die Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit zu erwähnen, da sich ihr notwendiger Schutz schon aus dem ersten Satz des Paragraphen ergebe; das gleiche gelte von der vorsätzlichen Verletzung von Freiheit und Ehre. Die fahrlässige Verletzung von Freiheit und Ehre unter besonderen privatrechtlichen Schutz zu stellen, sei sachlich großen Bedenken unterworfen. Jedenfalls passe die Vorschrift nicht an diese Stelle, und es seien wegen der fahrlässigen Verletzung besser spezielle Vorschriften zu geben. Dementsprechend wurden im 2. Entwurf zum Schutz der Freiheit § 747 und der Ehre § 748, der dem jetzigen § 824 BGB entspricht, aufgenommen. Außerdem war bei den Beratungen der Antrag gestellt worden, dem § 746 Abs. 1 E II noch folgende Bestimmung als Abs. 2 hinzuzufügen:

Zu den Rechten im Sinne dieser Vorschrift gehört auch der Besitz; als Verletzung eines Rechts gilt auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Ehre.

Jedoch wurde dieser Absatz „als durchaus doktrinäer Natur, bedenklich und gar nicht hierher gehörig“ abgelehnt⁸⁾. Zur Begründung wurde darauf verwiesen,

⁵⁾ Protokolle der II. Kommission, 2. Bd. 1898 S. 572

⁶⁾ Protokolle der II. Kommission, 2. Bd. 1898 S. 567/568

⁷⁾ Protokolle der II. Kommission, 2. Bd. 1898 S. 573

⁸⁾ Protokolle der II. Kommission, 2. Bd. 1898 S. 573/574

daß der Besitz durch das Verbotsgesetz des § 814 E II (§ 858 BGB), welches die Anwendung von § 746 Abs. 1 E II ermögliche, genügend geschützt sei. Die Bezeichnung des Besitzes als Recht, wenn auch nur im Sinne des Abs. 1, sei geeignet, zu Mißverständnissen zu führen, als wenn damit die wissenschaftliche Frage über das Wesen des Besitzes habe entschieden werden sollen. Man müsse es jedenfalls vermeiden, in dieser Hinsicht unnötige Zweifel in das Gesetz hineinzutragen.

Eine erneute Änderung erfuhren die §§ 746, 747, 748 E II anläßlich der zweiten Lesung des 2. Entwurfs⁹⁾. Es wurde der Antrag gestellt, den die Verletzung der Freiheit behandelnden § 747 E II zu streichen und dafür dem Eingang des § 746 E II folgende Fassung zu geben:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen . . .

Dazu wurde ausgeführt, der Vorschlag sei in der Hauptsache redaktioneller Natur. Bei der früheren Beratung habe man den lehrhaften Schlußsatz des § 704 E I, daß als Verletzung eines Rechts im Sinne der vorstehenden Vorschrift auch die Verletzung eines der einzeln aufgeführten immateriellen Rechtsgüter anzusehen sei, mit Recht gestrichen, da die „heutige“ Wissenschaft ein persönliches Recht im weiteren Sinne annehme. Danach finde sich aber im 2. Entwurf nirgends ausgesprochen, daß die Verletzung dieser Güter sich zivilrechtlich als Delikt darstelle. Diesem Antrag wurde entgegengehalten, daß es nach seiner Fassung fraglich erscheine, ob alle Rechtsgüter gedeckt seien. Die Schlußklausel „oder ein sonstiges Recht“ schließe sich an „Eigentum“ an und könne daher enger verstanden werden. Trotz dieser Einwände beschloß die Kommission, dem Antrag stattzugeben. Dadurch wurde der die Verletzung der Freiheit behandelnde § 747 E II entbehrlich und infolgedessen gestrichen. Hinsichtlich der Ehre blieb es bei der Vorschrift des § 748 E II, da ein Antrag, auch sie in den Eingang des § 746 E II mit einzubeziehen, nicht gestellt war. Diese Bestimmung ist dann nahezu wörtlich als § 824 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden.

In der Redaktionskommission erhielt der auf diese Weise entstandene § 746 E II schließlich die Fassung des jetzigen § 823 BGB.

⁹⁾ Protokolle der II. Kommission, 6. Bd. 1899 S. 200/201

§ 3. Die Entwicklung des Begriffs der „sonstigen Rechte“ unter besonderer Berücksichtigung der Rechte an Sachen

Bei der Schaffung des § 823 Abs. 1 BGB war der Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen, daß „die Rechte an Sachen zweifellos zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehören“. Damals war es noch nicht zu übersehen, eine wie große Bedeutung gerade den Rechten an Sachen im Rahmen der sonstigen Rechte zukommt und wie viele einzelne Probleme, mit denen sich die Rechtsprechung in ständig zunehmendem Maße zu beschäftigen hatte, sich bei ihrer Verletzung ergeben würden.

Nach der Verkündung des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte man sich bei der Behandlung der Frage, welche Rechte durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt seien, zunächst mit dem Begriff des subjektiven Rechts zu befassen. Von der älteren Theorie, die das Recht als Macht oder Willensherrschaft bezeichnet, über die Definition des Rechts als „das rechtlich geschützte Interesse“ sowie die Auffassung des subjektiven Rechts als „Anteil an Lebensgütern, Haben von Lebensgütern“ bis zur Bestimmung des Rechtsbegriffs als „Imperativpotenz“ wurden alle Theorien zur Erfassung des Begriffs der sonstigen Rechte herangezogen. Indes hatte der Streit für die Rechte an Sachen von Anfang an nur wenig Bedeutung, da diese Rechte zum größten Teil durch die Rechtsordnung eingehend geregelt sind. Außerdem ist das Problem inzwischen insofern zum Abschluß gekommen, als man sich auf eine Definition des subjektiven Rechts geeinigt hat, die mehr oder weniger Elemente aller Theorien einschließt. Danach ist das subjektive Recht begrifflich eine Rechtsmacht, die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehen ist, seinem Zwecke nach ein Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen¹⁾. Erst durch die Würdigung beider Seiten seines Wesens wird das subjektive Recht voll erkannt.

Weiterhin war zu Beginn der Entwicklungsgeschichte die Frage bedeutsam, auf welche Worte sich die Klausel „oder ein sonstiges Recht“ bezieht. Die Erörterung dieses Problems war bei der 2. Lesung des 2. Entwurfs von der Kommission selbst angeregt worden. Nach der einen Auffassung sollte sich die Formulierung auf sämtliche in § 823 Abs. 1 BGB eingangs aufgeführten Wörter beziehen, wobei Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit als subjektive Rechte anerkannt wurden. Die entgegengesetzte Meinung wollte die Worte „oder ein sonstiges Recht“ nur auf das unmittelbar vorhergehende „Eigentum“ bezogen wissen und hielt demgemäß die aufgezählten Begriffe nicht für subjektive Rechte, sondern für Lebensgüter. Doch auch dieses Problem war für die Rechte an Sachen unwichtig. Heute dürfte es außer Zweifel stehen, daß von der Rechtsordnung ein Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit anerkannt ist; denn auch die Vertreter der Ansicht, daß ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB abzulehnen sei, erkennen auf jeden Fall einzelne bestimmte und abgegrenzte Persönlichkeitsrechte an. Demnach läßt sich nach Abschluß dieser Rechtsentwicklung

¹⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Bearb. 1. Halbbd. 1959 § 72 = S. 428/429

sagen, daß die Worte „oder ein sonstiges Recht“ sich auf den ganzen vorhergehenden Satz beziehen.

Durch die Motive angeregt, hatten sich Wissenschaft und Rechtsprechung schon frühzeitig mit der Frage zu beschäftigen, ob die Forderungsrechte den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen. Das Reichsgericht hat den Forderungsrechten von Anfang an den Schutz dieser Vorschrift versagt. Ihm folgte die überwiegend herrschende Lehre. Trotzdem kann dieses Problem aber auch heute noch nicht als endgültig geklärt angesehen werden.

Ebenfalls durch die entsprechenden Bemerkungen in den Protokollen der 2. Kommission beeinflusst, wurde frühzeitig die Frage nach der Zugehörigkeit des Besitzes zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB erörtert. Von der überwiegend herrschenden Meinung wird dem Besitz der Rechtsschutz dieser Vorschrift zugesprochen. Aber auch auf diesem Gebiet kann damit die Rechtsentwicklung noch nicht endgültig zum Abschluß gekommen sein, da man nur das Recht zum Besitz zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen kann.

Einigkeit herrschte von Anfang an darüber, daß die absoluten — und unter diesen wieder die dinglichen — Rechte unter die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB fallen. Dies erklärt sich aus der engen Verwandtschaft der dinglichen Rechte mit dem Eigentum. Schon in den Jahren vor dem ersten Weltkrieg hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die Verschlechterung von Hypotheken durch Wegnahme wesentlicher Bestandteile oder Entfernung des Zubehörs vom Grundstück eine Rechtsverletzung sei, die den Täter schadensersatzpflichtig macht. Darin folgt die Rechtsprechung einer bereits vor dem Inkrafttreten des BGB abgeschlossenen Rechtsentwicklung. Das gleiche gilt für die Verletzung von Pfandrechten durch Entziehung aus der Pfandhaft, insbesondere beim Vermieterpfandreht. Dieser frühen Judikatur der Obergerichte hat die Wissenschaft einhellig zugestimmt.

In der Zeit nach dem ersten Weltkrieg wurde die Rechtsentwicklung in besonders starkem Maße durch wirtschaftliche und soziale Elemente beeinflusst. Zunächst entstanden in der Zeit zwischen den beiden Kriegen und auch noch während des zweiten Weltkrieges durch Gesetz neue dingliche Rechte, denen ebenfalls der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zukommen mußte. Es sind dies insbesondere gesetzliche Vor- und Wiederkaufsrechte auf dem Gebiet des Siedlungswesens, bestimmte Formen des Wohnrechts, die Schiffshypothek und das Kabelpfandrecht, das seine Entstehung dem technischen Fortschritt verdankt. Aus dem gleichen Grunde wurde nach dem zweiten Weltkrieg ein Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen geschaffen.

Weitere Rechte an Sachen wurden von Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt. Hierher gehört insbesondere das Anliegerrecht im engeren Sinne, das nach langen Vorarbeiten im Schrifttum 1934 erstmalig vom Reichsgericht als sonstiges Recht anerkannt wurde. Verschiedentlich war die Entwicklung umgekehrt, indem die Rechtsprechung Rechte unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB stellte, ohne daß sich die Literatur vorher unter diesem Gesichtspunkt mit diesen Rechten beschäftigt hatte. So war es insbesondere mit der Aktie, dem Recht aus § 907 BGB und aus § 1249 BGB.

Besondere Probleme ergaben sich in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen auf dem Gebiet der Aneignungs- und Anwartschaftsrechte. Nach längerem Zögern setzte sich in Wissenschaft und Rechtsprechung die Erkenntnis durch, daß der Jagd- und Fischereipächter durch den Pachtvertrag nicht nur ein Forderungsrecht, sondern ein dingliches Aneignungsrecht erwirbt. Die zunehmende Industrialisierung zeigte sich auf dem Gebiet des Bergwerkseigentums und den Rechten, die mit der Wasser-

wirtschaft in Zusammenhang stehen. Hauptsächlich ist hier die Verletzung von Fischerei- und Wassergebrauchsrechten durch die in immer stärkerem Maße zunehmende Abwässerverunreinigung zu erwähnen. Die Schadensersatzprozesse auf diesem Gebiet, die eine Folge der steigenden Industrialisierung sind, haben gerade in den letzten Jahren stark zugenommen.

Besondere Bedeutung hat im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung und der Kreditfinanzierungen das Anwartschaftsrecht aus bedingter Ubereignung gewonnen. Während das Problem der Zugehörigkeit dieses Rechts zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zunächst nur theoretische Bedeutung hatte, ist es seit dem Jahre 1941 in Rechtsprechung und Schriftum immer wieder erörtert worden. Die Verletzung dieses Anwartschaftsrechts an Kraftfahrzeugen bei Verkehrsunfällen spielt wegen der zahlreichen Kraftfahrzeugfinanzierungen heute eine große Rolle.

Nach den Rechten an Sachen war auch die Entwicklung auf anderen Rechtsgebieten für den Begriff des sonstigen Rechts von Bedeutung. Es kommen die Immaterialgüterrechte mit dem vielerörterten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht. Daneben sind die Familien- und Persönlichkeitsrechte zu erwähnen. Der Streit, ob die Ehe als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen sei, sowie das Ringen um das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind heute noch nicht zum Abschluß gekommen.

Mehr als früher noch sind heute auch im Zusammenhang mit der modernen Rechtsstaatlichkeit durch Verfassung, Gesetz und Herkommen zahlreiche subjektiv-öffentliche Rechte anerkannt, denen zum großen Teil ebenfalls der Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB zugebilligt wird. Hierher gehören Regalien, Privilegien Monopol-, Zwangs- und Bannrechte. In immer stärkerem Maße setzt sich auch die Auffassung durch, daß der Gemeingebrauch ein subjektiv-öffentliches Recht sei.

Diese ganze Rechtsentwicklung ist in nicht unerheblichem Maße von den Grundsätzen beeinflusst worden, die von Wissenschaft und Rechtsprechung für den Grundtatbestand der Rechtsverletzung, nämlich die Verletzung von Rechten an Sachen, entwickelt worden sind.

Zweiter Abschnitt

Die einzelnen Rechte an Sachen

Unter Rechten an Sachen sind im Gegensatz zu den Immaterialgüter- und Personenrechten diejenigen Rechte des Privatrechts zu verstehen, die sich unmittelbar auf eine körperliche Sache beziehen. Es fallen hierunter die bei weitem meisten Rechte unserer Rechtsordnung in vielfältiger Ausgestaltung. Die einzelnen Rechte an Sachen entstammen den verschiedensten Gebieten des Privatrechts, sowohl dem Bundes- als auch dem Landesrecht. Bei der Mehrzahl dieser Rechte ist ihre Zugehörigkeit zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB unbestritten. Dies rührt daher, daß die Rechte an Sachen dem Eigentum, an das sich die Worte „oder ein sonstiges Recht“ anschließen, am nächsten verwandt sind. Ihre Rechtsmacht ist ebenso wie das Eigentum auf eine Sache gerichtet. Wegen ihrer Wirkung gegenüber jedermann handelt es sich um absolute Rechte. Trotzdem ergeben sich aber gerade hinsichtlich der Verletzung dieser Rechte zahlreiche Probleme und Streitfragen, zu deren Verständnis auf das Wesen und den Umfang der einzelnen Rechte eingegangen werden muß.

Zu den Rechten an Sachen gehören die dinglichen Rechte, die Aneignungs- und Anwartschaftsrechte, die Anteilsrechte und das Recht zum Besitz. Während die dinglichen Rechte neben dem Eigentum die umfassendste Herrschaft über eine Sache gewähren, ist die Verbindung von Aneignungs- und Anwartschaftsrechten zu der Sache, auf die sie sich beziehen, viel schwächer. Die Anteilsrechte stellen ein Recht an einem Gesellschaftsvermögen dar. Eine eigenartige Stellung nimmt das Recht zum Besitz ein.

Unter den Oberbegriff „Rechte an Sachen“ fallen vereinzelt auch Rechte an Rechten, die nach der Systematik und dem Aufbau des Gesetzes hierher gehören und demgemäß auch absolute Wirkung gegenüber jedermann haben. Sie sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, wenn die ihnen zugrunde liegenden Rechte den Rechtsschutz dieser Vorschrift genießen.

Erster Unterabschnitt

DIE DINGLICHEN RECHTE

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897 § 14, 1 = S. 109; v. Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuchs, 1898 S. 21; Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1898 S. 20; Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ im § 823 Abs. 1 des Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1900 § 15 = S. 44; Ramdohr, Grundriß für das System des Deutschen Privatrechts, I. Bd. 1901 § 72, 1 b = S. 450; Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II = S. 1019; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1903 § 231 II = S. 890; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1903 § 200, 3 a = S. 1261; Landsberg, Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 1. Hälfte 1904 § 158 I 1 = S. 555; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 § 6 S. 24; Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, 5. Aufl. 1909 Anm. B. 5, 1 a zu § 823 BGB; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 = S. 204; Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913 S. 40; Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 6. u. 7. Aufl. 1914 § 142 I A = S. 415; Dernburg-Raape, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II 2 4. Aufl. 1915 § 383 IV 1 = S. 749 N. 7; O. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht 1917 § 211 II 2 b = S. 891; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 17; Altmann, Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 13. Aufl. 1922 § 71 II 1 = S. 193; Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl. 1927 1. Bd. § 229 II 2 a = S. 765; Siméon-David, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 14. Aufl. 1928 1. Hälfte § 85, 3 = S. 655; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 b zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 a = S. 450; Loening-Basch-Straßmann, BGB, 1931 Anm. 7 zu § 823 BGB; Kreß, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, 1934 § 33 II A a N. 16 = S. 305; Lehning, Die Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte, 1934 S. 23; Larenz, Vertrag und Unrecht, 2. Teil, Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937 § 33 I b = S. 36; Stoll-Felgenträger, Vertrag und Unrecht, 3. Aufl. 1943 2. Halbbd. S. 211; Lehle, Schuldrecht, Einzelne Schuldverhältnisse, 1948 § 35 I 2 = S. 74; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 a zu § 823 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa zu § 823 BGB; Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959 1. Halbbd. § 79 = S. 456; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Besonderer Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a = S. 350; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 21 a zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 202, 1 b bb) = S. 845; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 a zu § 823 BGB

Die dinglichen Rechte oder Sachenrechte im engeren Sinne sind Herrschaftsrechte über Sachen. Ihr Wesen liegt in der durch sie begründeten unmittelbaren

Herrschaft des Rechtsinhabers über eine Sache. Wegen ihrer absoluten Wirkung gegenüber jedermann und ihrer engen Verwandtschaft zum Eigentum sind die dinglichen Rechte sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Gegenstand der dinglichen Rechte ist die Einzelsache oder ein Recht. Im Verhältnis zum Eigentum gewähren die beschränkten dinglichen Rechte nur eine begrenzte dingliche Herrschaft über eine fremde Sache, indem sie das Eigentum an dieser Sache beschränken. Dingliche Rechte sind nur mit dem vom Gesetz zugelassenen Inhalt möglich. Das BGB kennt neben dem Eigentum nur eine bestimmte Anzahl von dinglichen Rechten, und zwar an beweglichen Sachen Nießbrauch und Pfandrecht, an Grundstücken Erbbaurecht, Vorkaufsrecht, Dienstbarkeiten, Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Daneben gibt es dingliche Rechte in neueren Reichs- und Bundesgesetzen sowie in einzelnen Landesgesetzen. Besonders zu erwähnen ist das Anliegerrecht als Ausfluß des Grundeigentums.

§ 4. Das Anliegerrecht des Grundstückseigentümers

Aus dem Grundstückseigentum ergeben sich gewisse Rechte gegenüber den Nachbarn und, sofern das Grundstück an einer öffentlichen Straße liegt, den zuständigen Behörden gegenüber. Da sich diese Rechte aus dem Eigentum ableiten, sind sie mit diesem eng verwandt und haben privatrechtliche Natur. Im einzelnen ist hinsichtlich dieser Rechte vieles streitig, insbesondere soweit das öffentliche Recht zu berücksichtigen ist.

I. Das Recht des Grundeigentümers auf Unterlassung schädigender Anlagen gemäß § 907 BGB

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

RG 145, 107 (115) = JW 1934, 2764 = DRZ 1934 Nr. 541 = GrundE 1934, 732; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 6 d zu § 823 BGB; Erman-Westermann, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 907 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 b zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB.

1. Die Rechtsnatur des Abwehranspruches aus § 907 BGB

Nach § 907 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks verlangen, daß auf den Nachbargrundstücken keine Anlagen gehalten werden, von denen mit Sicherheit eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zu erwarten ist. Anlagen im Sinne dieser Vorschrift sind Werke und Einrichtungen von gewisser Selbständigkeit und dauerndem Bestand, die von selbst oder durch ihre Benutzung auf das Grundstück des Eigentümers einwirken¹⁾. Hierher gehören insbesondere Dungsgruben, Viehställe und ähnliche Anlagen, nicht dagegen Bäume und Sträucher.

Dieses Recht des Grundstückseigentümers auf Unterlassung gefährdender Anlagen gegenüber dem Nachbarn ist dinglicher Natur, da es einerseits ein Ausfluß des Grundeigentums ist und andererseits das Nachbargrundstück in der Weise belastet, daß auf diesem derartige Anlagen nicht errichtet werden dürfen²⁾. Das Recht aus § 907 BGB ist somit auf Grund seines eigentumsähnlichen Charakters ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Eine Verletzung dieses Rechts ist nicht zugleich auch eine Verletzung des Grundeigentums, so daß der Geschädigte als Eigentümer durch § 823 Abs. 1 BGB hinreichend geschützt wäre und daher kein Anspruch wegen Verletzung eines sonstigen Rechts in Frage käme. Denn die unzulässigen Einwirkungen, die in § 907 Abs. 1 S. 1 BGB genannt werden, stellen keinen unmittelbaren Eingriff in das Eigentum und somit auch keine Verletzung des Grundeigentums im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar. Weil auch § 907 BGB dem Grundstückseigentümer lediglich einen allerdings erweiterten Unterlassungsanspruch gewährt, kann sich ein Schadensersatzanspruch nur aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Rechts aus § 907 BGB ergeben. Im Gegensatz zu § 907 BGB

¹⁾ Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 2 a zu § 907 BGB

²⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1950 § 19 II b = S. 118

stellt eine Verletzung des § 908 BGB, wonach bei drohender Einsturzgefahr auf dem Nachbargrundstück der Grundstückseigentümer verlangen kann, daß die zur Abwehr der Gefahr erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, zugleich einen Eingriff in das Eigentum dar, wenn der Einsturz erfolgt. In diesem Fall kommt also keine Verletzung eines Rechts aus § 908 BGB in Betracht.

2. Der Schadensersatzanspruch wegen

Verletzung des Rechts auf Unterlassung schädigender Anlagen gemäß § 907 BGB

Der Schadensersatzanspruch ist in diesem Fall nicht gemäß § 249 S. 1 BGB auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, also auf Beseitigung der gefährdenden Anlage gerichtet, da ein solcher Unterlassungsanspruch bereits durch die Spezialvorschrift des § 907 BGB gegeben ist. Vielmehr kann der Geschädigte gemäß §§ 823 Abs. 1 BGB, 251 Abs. 1 BGB lediglich einen Anspruch auf Geldersatz geltend machen. Dieser Schadensersatzanspruch ist gerade für den Zeitraum bedeutsam, in dem die betreffende Anlage noch nicht gemäß § 907 BGB beseitigt werden konnte.

Bei dem Schadensersatzanspruch ist zu berücksichtigen, daß der Grundeigentümer verpflichtet ist, eine staatlich genehmigte gewerbliche Anlage, die auf einem anderen Grundstück betrieben wird, auch dann zu dulden, wenn er durch den Gewerbebetrieb belästigt wird. In diesem Falle kann der Grundeigentümer nicht die Beseitigung der Anlage oder die Einstellung des Betriebes verlangen, sondern nur die Herstellung geeigneter Schutzmaßnahmen. Sind solche Schutzmaßnahmen untunlich oder mit einem ordnungsmäßigen Betrieb des Gewerbes unvereinbar, so kann der beeinträchtigte Grundeigentümer gemäß § 26 GewO Schadensersatz verlangen, selbst wenn den Störer kein Verschulden trifft. Durch diese Sonderbestimmung des GewO ist die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, und zwar sowohl wegen der Verletzung des Eigentums durch übermäßige Immissionen (§ 906 BGB) als auch wegen Verletzung des Rechts auf Unterlassung schädigender Anlagen auf dem Nachbargrundstück nach § 907 BGB durch andere unzulässige Einwirkungen. Die Verletzung dieses Rechts aus § 907 BGB verpflichtet also nur dann zum Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn es sich um Anlagen handelt, die keiner staatlichen Genehmigung bedürfen. Andernfalls gilt die Sondervorschrift des § 26 GewO.

Der Schadensersatzanspruch kann unter Umständen auch gegen den zuständigen Straßenbaulastträger gerichtet sein, sofern der Grundeigentümer Anlieger einer öffentlichen Straße ist. Denn das Recht des Eigentümers aus § 907 BGB auf Unterlassung schädigender Anlagen gilt auch gegenüber dem Staat und öffentlich-rechtlichen Körperschaften³⁾. So darf der Straßenbaulastträger auf dem öffentlichen Verkehrsgrund keine Anlagen errichten, von denen unzulässige Einwirkungen auf die Anliegergrundstücke ausgehen. Eine derartige Anlage kann auch eine Rampe mit ungünstigem Ablauf des Regenwassers sein⁴⁾. Sofern dadurch kein unmittelbarer Eingriff in das Eigentum hervorgerufen wird, kann darin immerhin eine Verletzung des Rechts aus § 907 BGB liegen.

In allen Fällen der Verletzung des auf dem Grundeigentum beruhenden Rechts auf Unterlassung schädigender Anlagen auf dem Nachbargrundstück gemäß § 907 BGB entsteht ein Vermögensschaden, der nach den Grundsätzen des § 251 BGB zu ersetzen ist.

³⁾ RG 145, 107 (115)

⁴⁾ RG 145, 107 (115)

II. Das Notwegrecht

Das Notwegrecht ist nach § 917 Abs. 1 S. 1 BGB die Befugnis eines Grundstückseigentümers, ein Nachbargrundstück als zur ordnungsgemäßen Benutzung seines Grundstücks notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg zu benutzen. Nach der Systematik des BGB ist dieses Recht Bestandteil des Nachbar- oder Anliegerrechts im weiteren Sinne. Insoweit ist das Notwegrecht Ausfluß des Eigentums an dem berechtigten Grundstück. Außerdem ähnelt das Notwegrecht einer im Stile einer Grunddienstbarkeit errichteten Wegeberechtigung, beruht aber unmittelbar auf dem Gesetz. Man könnte also das Notwegrecht auch als eine gesetzliche Grunddienstbarkeit bezeichnen⁶⁾). In erster Linie leitet sich das Notwegrecht aber aus dem Eigentum an dem wegebedürftigen Grundstück her. Seine dingliche Natur kann daher nicht zweifelhaft sein.

Als dingliches Recht ist das Notwegrecht auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Diese Zurechnung des Notwegrechts zu den sonstigen Rechten, deren schuldhaftige Verletzung einen Schadensersatzanspruch auslöst, entspricht der Billigkeit; denn der Berechtigte hat die Nachbarn, die zur Duldung des Notweges verpflichtet sind, gemäß § 917 Abs. 2 BGB durch eine Geldrente (Notwegrente) zu entschädigen. Nicht zutreffend ist die Ansicht des OLG Augsburg⁷⁾), das Recht auf Notweg sei ein dem wegebedürftigen Grundstück zukommender Bestandteil. Wegen dieser Zugehörigkeit des Notwegrechts zum Grundstück sei eine Verletzung dieses Rechts eine Eigentumsverletzung. Der Notwegberechtigte ist jedoch nicht Eigentümer des von ihm benutzten Notweges. Ferner liegt bei einer Behinderung an der Benutzung des Notweges oder einem Bestreiten des Rechts dazu kein unmittelbarer Eingriff auf die Sache, welche Gegenstand des Eigentums ist, vor, wie es zur Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen Eigentumsverletzung gefordert wird⁷⁾). Vielmehr ist das Notwegrecht für sich allein ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 BGB.

Verletzt wird das Notwegrecht, wenn der berechtigte Grundstückseigentümer an der Ausübung seines Rechts gehindert wird. Das Notwegrecht steht dem Berechtigten jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 917 BGB zu, wenn also ein Grundstück vom öffentlichen Verkehr abgeschnitten wird, etwa durch Einsturz einer bisher zur öffentlichen Straße führenden Brücke, oder erst wirtschaftlich erschlossen werden soll und eine entsprechende Verbindungsmöglichkeit fehlt. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks handelt rechtswidrig⁸⁾ und macht sich daher gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig, wenn er die Benutzung seines Grundstücks für den Notweg verwehrt.

Streitig ist, ob der Eigentümer die Duldung des Notwegs dann verweigern kann, wenn der berechtigte Nachbar mit der Rentenzahlung im Rückstand ist. Nach Meisner-Stern-Hodes⁹⁾ besteht zwischen Grundeigentümer und Notwegberechtigtem ein gegenseitiges Leistungsverweigerungsrecht. Notwegrecht und Entschädigungspflicht beruhen auf „demselben rechtlichen Verhältnis“ im Sinne des § 273 BGB. Es könne also der Notwegberechtigte die Zahlung verweigern, wenn der

⁶⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1950 § 19 III c 1 = S. 121

⁶⁾ OLG Augsburg BayZ 1926, 45

⁷⁾ Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 5 zu § 823 BGB

⁷⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 3. Aufl. 1956 § 27 II 4 = S. 374

⁹⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 27 III 6 = S. 379

Nachbar die Ausübung des Notwegrechts hindert und in gleicher Weise der Eigentümer bei Rückstand in der Rentenzahlung die Duldung des Notwegs verweigern. Anderer Ansicht ist Rüdenberg¹⁰⁾ mit der Begründung, daß der Rentenberechtigte durch die Verdinglichung und durch den Vorrang seines Rentenanspruchs Sicherheit genug habe. Ebenso meint Dernburg¹¹⁾, daß zur Klage auf Einräumung des Notwegs das Anerbieten eines bestimmten Betrages der Entschädigung nicht erforderlich sei. Der letzteren Ansicht ist zu folgen, da § 273 BGB auf das Verhältnis zwischen Grundeigentümer und Notwegberechtigtem keine Anwendung findet. Gemäß §§ 917 Abs. 2 BGB, 914 Abs. 1 BGB geht das Recht des benachbarten Grundeigentümers auf Notwegrente allen Rechten, auch den älteren, an dem belasteten Grundstück vor. Die Rente hat also kraft Gesetzes den Rang vor allen Rechten¹²⁾. Sie wird gemäß §§ 917 Abs. 2, 914 Abs. 3 BGB wie eine subjektiv dingliche Reallast behandelt. Auf Grund dieses dinglichen Rechtes an dem rentenbelasteten Grundstück ist der benachbarte Grundeigentümer hinreichend gesichert, so daß ihm kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Hindert er den Notwegberechtigten trotzdem an der Benutzung seines Grundstücks, so macht er sich diesem gegenüber wegen Verletzung seines Notwegrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.

Der Eigentümer eines unbebauten Grundstücks, das keine Verbindung zu einem öffentlichen Weg hat und zu dessen Gunsten ein dingliches Geh- und Fahrrecht eingetragen ist, kann die Duldung der Benutzung des Nachbargrundstücks zum Transport von Baumaterial auf jeden Fall als Notweg verlangen. Wenn dem Berechtigten die Baugenehmigung auf Grund eines Einspruchs des Anliegers, der dieses Recht bestreitet, versagt wird, so ist der Nachbar dem Notwegberechtigten zum Ersatz des durch die Verzögerung der Baugenehmigung entstandenen Schadens verpflichtet¹³⁾. Auch bei zweifelhafter Rechtslage kann entgegen der Auffassung des OLG Augsburg¹⁴⁾ ein Bestreiten des Notwegrechts schuldhaft sein, weil dieses Recht gerade dazu dient, ein vom öffentlichen Verkehr abgeschnittenes Grundstück zugänglich zu machen.

Rechte auf Grund nachbarrechtlicher Vorschriften des Landesrechts¹⁵⁾

Nach Art. 124 EGBGB bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen unterwerfen, unberührt. Insbesondere in den einzelnen landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zum BGB sowie im Preußischen Allgemeinen Landrecht sind zahlreiche Rechte des Grundeigentümers gegenüber seinen Nachbarn verankert. Diese Landesgesetze können zwar nicht die im BGB geregelten Eigentumsbeschränkungen verschärfen, wohl aber andere als die im BGB geregelten einführen. Alle diese Vorschriften gewähren ebenso wie die Nachbarrechte des BGB dem Grundeigentümer gewisse Rechte gegenüber den Nachbarn. Auch die landesrechtlichen Nachbarrechte sind Ausfluß des Grundeigentums und belasten das Nachbargrundstück. Daher sind diese Rechte dingliche und somit auch sonstige

¹⁰⁾ Rüdenberg, Das Notwegrecht, 1905 S. 118

¹¹⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht des Dt. Reichs und Preußens, 3. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl. 1908 S. 288 N. 13

¹²⁾ Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 914 BGB

¹³⁾ Dieser Tatbestand lag der Entscheidung des OLG Augsburg BayZ 1926, 45 zugrunde.

¹⁴⁾ OLG Augsburg BayZ 1926, 45

¹⁵⁾ Meisner-Ring, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4. Aufl. 1951; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 3. Aufl. 1956; Palandt, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 u. 2 zu Art. 124 EGBGB; v. Gierke, Das Sachenrecht des Bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 Anh. zu § 27 = S. 77

Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Ihr Umfang ist in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich geregelt.

1. Das Fensterrecht

Nach § 137 I 8 ALR darf der Eigentümer sein Haus zur Anlage von Fenstern und Öffnungen frei ausnutzen, wobei das Anbringen von Fenstern selbst dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß sie freie Aussicht auf Nachbargrundstücke ermöglichen. Diese Anlagefreiheit wird in § 138 I 8 ALR zugunsten des Nachbarn durch Gewährung eines Fensterrechts beschränkt. Auf Grund dieses Fensterrechts müssen Fenster und Öffnungen, die in einer gerade auf der Grenze stehenden Wand neu angebracht werden sollen, welche an des Nachbarn Hof oder Garten stößt, unter allen Umständen mit eisernen, nur zwei Zoll voneinanderstehenden Stäben oder mit einem Drahtgitter verwahrt sein. Wo es die Umstände gestatten, sollen die Fenster 6 Fuß hoch über dem Boden angebracht sein. Jeder Grundstückseigentümer kann also verlangen, daß in einer Wand, die unmittelbar an sein Grundstück grenzt, Fenster nur vergittert und möglichst in einer bestimmten Höhe angebracht werden¹⁶⁾.

In ähnlicher Weise kann der Grundeigentümer gemäß Art. 62 BayAGBGB verlangen, daß Fenster, die weniger als 0,60 m von der Grenze seines bebauten Grundstücks entfernt sind, auf dem Nachbargrundstück so angebracht sein müssen, daß sie mit ihrer untersten Kante mindestens 1,80 m vom Fußboden entfernt sind.

Nach beiden Vorschriften hat also der Eigentümer eines bebauten Grundstücks das Recht, von seinem Nachbarn einen derartigen Einbau der Fenster und Lichtöffnungen zu verlangen, daß die freie Aussicht auf sein Grundstück unmöglich gemacht oder mindestens erschwert wird.

Handelt der Grundeigentümer diesem Recht des Nachbarn zuwider, so kann der Nachbar gemäß § 1004 BGB die Beseitigung der Fensteröffnungen verlangen¹⁷⁾. Wenn aber die Zuwiderhandlung ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit geschehen war und der Nachbar nicht sofort widersprochen hatte, wollen Wolff-Raiser¹⁸⁾ nach Analogie des § 912 BGB eine Duldungspflicht als Verschweigungsfolge annehmen. Der Nachbar sei auf eine Schadensrente zu beschränken. Diese Geldrente nach § 912 Abs. 2 BGB ist jedoch keine Schadensersatzleistung, sondern lediglich die Entschädigung für die Duldungspflicht¹⁹⁾.

Neben dieser Rente ist jedoch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 823 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen¹⁹⁾, da das Fensterrecht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist. Es ist nicht mit dem Eigentum an dem berechtigten Grundstück gleichzusetzen, weil die unvorschriftsmäßige Anlage der Fensteröffnungen auf einem Grundstück keinen Eingriff in das Eigentum am Nachbargrundstück enthält. Als Ausfluß des Eigentums ist das Fensterrecht ein selbständiges dingliches Recht.

Verletzt wird das Fensterrecht durch den Einbau unvorschriftsmäßiger Fenster auf dem Nachbargrundstück. Dabei kann es nicht nur durch den Eigentümer des Nachbargrundstücks, sondern durch jeden Dritten verletzt werden, insbesondere

¹⁶⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und Westberlin, 3. Aufl. 1956 § 25 C I = S. 334; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 59 II = S. 209

¹⁷⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 25 C I 2 = S. 336; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 b zu § 912 BGB

¹⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 59 II = S. 209

¹⁹⁾ Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 5 zu § 912 BGB

durch den vom Eigentümer beauftragten Bauunternehmer und Architekten. Ein Schaden könnte dem Verletzten etwa dadurch entstehen, daß ihm Hotelgäste wegbleiben, weil man vom Nachbargrundstück aus ungehindert in die Zimmer sehen kann.

2. Das Lichtrecht ²⁰⁾

Einige Landesrechte verbieten oder beschränken das Lichtverbauen. Es besteht dann für den Grundeigentümer unter bestimmten Voraussetzungen das Recht, Bauwerke auf dem Nachbargrundstück zu verbieten, die ihm das Licht nehmen. Nach § 142 I 8 ALR muß ein Neubau von einem Fenster des Nachbarn, das seit 10 Jahren oder länger vorhanden ist, einen gewissen Abstand haben. Wenn der durch das Fenster belichtete Raum der Zimmer oder sonstigen Behältnisse nur durch dieses Fenster, also von keiner anderen Seite her Licht empfängt, muß der Nachbar mit seinem Neubau so weit von der Grenze zurückbleiben, daß ein mittelgroßer Mann in ungezwungener aufrechter Stellung noch aus dem ungeöffneten Fenster des Erdgeschosses in vertikaler Richtung den Himmel sehen kann. Erhält jedoch der fenstertragende innere Raum noch von anderer Seite Licht, so genügt es, daß man in derselben Weise aus den ungeöffneten Fenstern des ersten Stockes den Himmel erblickt.

Die Rechtsnatur des hierdurch begründeten Lichtrechts war lange Zeit umstritten. Nach der früher herrschenden Meinung sollte es eine gesetzliche Grunddienstbarkeit (Servitut) mit einer 10 jährigen Ersitzungszeit sein ²¹⁾. Nach jetzt herrschender Auffassung ²²⁾ ist das Lichtrecht eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, die vom positiven Recht an den Ablauf einer 10 jährigen Frist geknüpft ist, und deren Eintritt der Nachbar nur dadurch hindern kann, daß er bis zum Ablauf dieser Frist die Fenster verbaut. Das Lichtrecht ist also eine Belastung des Nachbargrundstücks; es enthält eine Bestimmung des „Inhalts des Eigentums“. Entgegen der Auffassung von Wolff-Raiser ²³⁾ ist es jedoch keine Bestimmung des Inhalts des Eigentums an dem berechtigten Grundstück. Denn es gewährt dem Grundeigentümer selbständige Rechte, die sich allerdings aus dem Eigentum ableiten. Die Entziehung des Lichts durch unvorschriftsmäßige Bebauung des Nachbargrundstücks ist eine rein negative Einwirkung, die keine Verletzung des Eigentums enthält. Somit ist das Lichtrecht als dingliches, eigentumsähnliches Recht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Verletzt wird das Lichtrecht durch Zubauen der Fenster entgegen der Vorschrift des § 142 I 8 ALR. Dabei kann das Lichtrecht sowohl durch den Eigentümer des Gegenbaues als auch durch den Bauenden, wie den Mieter, Pächter, Bauunternehmer oder Architekten, verletzt werden. Demgegenüber ²⁴⁾ ist bei dem Beseitigungsanspruch nur der Eigentümer des Nachbargrundstücks und nicht der Bauende passiv legitimiert. Der Unterschied erklärt sich daraus, daß die negatorische Klage auf Beseitigung nur gegen den Eigentümer der zu beseitigenden Sache gerichtet werden kann und nicht gegen einen Dritten, während sich der Schadensersatzanspruch

²⁰⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 25 C II = S. 336; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 59 I = S. 208

²¹⁾ OTr. 51, 75; 80, 270; Koch, Kommentar z. ALR, Bem. zu § 142 I 8; Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. II 1, 8/9. Aufl. 1905 S. 466 N. 22; Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs und Preußens, 3. Bd. Sachenrecht, 4. Aufl. 1908 S. 294 ff.

²²⁾ RG 44, 312 (314 ff.); Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 25 C II = S. 338; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 59 I = S. 208

²³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 59 I = S. 209

²⁴⁾ RG JW 1898, 620; OLG 26, 15; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 25 C II = S. 339

gegen denjenigen richtet, der durch sein Verhalten schuldhaft in das Lichtrecht eingegriffen hat. Durch einen solchen Eingriff in das Lichtrecht wird aber nicht nur der Eigentümer des lichtberechtigten Grundstücks verletzt, sondern jeder an diesem dinglich Berechtigte. Es gilt insoweit dasselbe wie für die negatorische Klage aus § 1004 BGB²⁵⁾). Neben dem Hypothekengläubiger kann also auch der Nießbraucher bei Verletzung des Lichtrechts Schadensersatzansprüche geltend machen, da diese durch den Eingriff ebenso wie der Eigentümer geschädigt werden.

Sobald bei einem Haus die Fenster in der Weise verbaut sind, daß einem oder mehreren Zimmern durch das Nachbargrundstück das Licht entzogen wird, sinkt der Wert des Hauses in erheblichem Maße. Neben den ungesunden Wohn- und Arbeitsverhältnissen sind gewisse Mehraufwendungen für Heizung und Beleuchtung zu berücksichtigen. Insbesondere fällt diese Wertminderung bei einem Grundstücksverkauf ins Gewicht. Der Schädiger hat für diese Wertminderung und Mehraufwendungen Geldersatz zu leisten. Dem Hypothekengläubiger ist der Ausfall bei der Zwangsversteigerung zu ersetzen, wenn für das Grundstück wegen der verbauten Fenster weniger geboten wird.

Dem bayerischen Landesrecht ist das Lichtrecht unbekannt.²⁶⁾

3. Das Hammerschlags- und Leiterrecht²⁷⁾

Nach einigen Landesrechten hat der Grundstückseigentümer das Recht, zur Herstellung und Reinigung seiner Bauten das fremde Nachbargrundstück zu betreten, Gerüste darauf zu setzen und den Abfall herunterzuwerfen sowie Baugeräte abzuliegen. Entsprechende Bestimmungen finden sich in Art. 83 Hess. AGBGB, § 80 Braunschweig. Bauordnung²⁸⁾ sowie Art. 45a Württ. Bauordnung²⁹⁾.

Dieses Hammerschlags- und Leiterrecht ist ebenfalls ein selbständiges dingliches Recht, das sich aus dem Eigentum des berechtigten Grundstücks herleitet und das Eigentum des berechtigten Grundstücks belastet. Somit ist es ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzt wird das Hammerschlagsrecht, wenn der berechnete Grundeigentümer oder die von ihm beauftragten Personen durch den Eigentümer oder einen Dritten an der Benutzung des Nachbargrundstücks gehindert werden. Ein Schaden kann dem Verletzten dadurch entstehen, daß er den von ihm beabsichtigten Bau oder die Reparatur nur mit Verzögerung und unter erhöhten Kosten vornehmen kann. Diese Kosten sind dem Berechtigten vom Schädiger zu ersetzen. Die Ausübung des Hammerschlagsrechts kann auf jeden Fall gerichtlich durchgesetzt werden.

4. Das Anwenderecht³⁰⁾

Nach örtlichem Herkommen ist es in einzelnen Landesteilen rechts des Rheins dem Grundeigentümer gestattet, bei der Bestellung seiner landwirtschaftlichen Grundstücke die Grenze eines Nachbargrundstücks zu überschreiten. Dieses so-

²⁵⁾ Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. I 3. Aufl. 1906 S. 358; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 25 C II = S. 339

²⁶⁾ Meisner-Ring, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4. Aufl. 1951 § 23

²⁷⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956, § 28 I = S. 380; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 56 III = S. 204; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 Anh. zu § 27 = S. 77

²⁸⁾ Braunschweig. Bauordnung v. 13. 3. 1899 (GVBl. Nr. 25)

²⁹⁾ Württ. Bauordnung in der Fassung v. 27. 6. 1935 (RegBl. 181)

³⁰⁾ Meisner-Ring, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4. Aufl. 1951 § 26 = S. 369; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 28 III = S. 382; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 56 III = S. 204; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 Anh. zu § 27 = S. 77

genannte Anwenderrecht ist gemäß Art. 76 BayAGBGB in Geltung geblieben³¹⁾. Wo es besteht, gewährt es dem Grundeigentümer das Recht, auf fremdem Feld den Pflug zu wenden und das Zugvieh umkehren zu lassen. In der neueren Rechtsprechung ist das Recht auch für den Trecker angewendet worden³²⁾.

Auch das Anwenderrecht ist Ausfluß des Grundstückseigentums und beschränkt in entsprechender Weise das Eigentum am Nachbaracker. Als dingliches Recht ist es somit ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzt werden kann das Anwenderrecht durch den Eigentümer des beschränkten Grundstücks und jeden außenstehenden Dritten dadurch, daß der Eigentümer des berechtigten Grundstücks an der Benutzung des Nachbargrundstücks zum Wenden des Pfluges und Umdrehen der Zugtiere gehindert wird. Diese Behinderung kann auch durch die Errichtung eines Zaunes oder einer Einfriedigung an der Grenze des Nachbargrundstücks erfolgen. Wenn der Grundstückseigentümer an der Benutzung des Nachbargrundstücks zum Wenden des Pfluges gehindert wird, kann es vorkommen, daß er nicht mehr in der Lage ist, sein Feld ganz zu bestellen. Einen hierdurch entstandenen Ernteausfall kann er gemäß §§ 823 Abs. 1, 251 Abs. 1, 252 BGB geltend machen, da der Eigentümer in seinem Anwenderrecht verletzt worden ist.

5. Das Trepprecht³³⁾

Mit dem Anwenderrecht ist das Trepprecht verwandt, das sich nur in Württemberg findet. Man versteht darunter das Recht, beim Pflügen und Eggen mit dem Spannvieh auf dem Grundstück des Nachbarn umwenden zu dürfen (Art. 234 Württ. AGBGB). Im Gegensatz zum Anwenderrecht darf der Pflug gemäß Art. 240 Württ. AGBGB auf dem Nachbargrundstück nicht angesetzt werden.

Ebenso wie das Anwenderrecht ist auch das Trepprecht als Ausfluß des Eigentums ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzt wird es genauso wie das Anwenderrecht, wenn der Eigentümer des Nachbargrundstücks oder ein Dritter den Berechtigten an der Ausübung des Trepprechts hindern. Im übrigen gilt das für das Anwenderrecht Gesagte entsprechend.

6. Das Grundstücksbenutzungsrecht des Waldbesitzers³⁴⁾

In Hessen ist dem Waldbesitzer unter bestimmten Voraussetzungen ein Grundstücksbenutzungsrecht gegeben. Gemäß § 14 Hess. ForstG³⁵⁾ hat der Waldbesitzer das Recht, fremde Grundstücke zu benutzen, falls sonst die forstliche Bewirtschaftung einer Waldfläche, insbesondere die Holzfällung und die Abfuhr von Waldserzeugnissen, nicht oder nur mit unverhältnismäßig großem Nachteil möglich wäre. Der Waldbesitzer ist zum Ersatz des dadurch entstehenden Schadens verpflichtet.

Umgekehrt ist dem Waldbesitzer derjenige Schaden zu ersetzen, der ihm durch Verletzung seines Grundstücksbenutzungsrechts erwächst. Denn dieses Recht, das aus dem Eigentum des Waldbesitzers oder dessen sonstigem Recht auf Besitz an dem Waldgrundstück abzuleiten ist und das Eigentum der Nachbargrundstücke beschränkt, ist als dingliches Recht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzbar ist es durch den Grundstücksnachbarn und jeden außenstehenden

³¹⁾ Meisner-Ring, Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4. Aufl. 1951 § 26 = S. 371

³²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 Anh. zu § 27 = S. 77

³³⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 28 IV = S. 383; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 56 IV 2 = S. 204

³⁴⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 28 V = S. 383

³⁵⁾ Hessisches Forstgesetz v. 10. 11. 1954 (GVBl. 1954 S. 211); Fuhr-Pfeil, Hessische Verfassungs- u. Verwaltungsgesetze Nr. 178

Dritten. Die Verletzung geschieht dadurch, daß der Waldbesitzer an der Benutzung des fremden Grundstücks gehindert wird. Zu ersetzen ist ihm der Schaden, der ihm durch die Erschwerung des Holzfällens und des Abtransportes von Walderzeugnissen entsteht. Dieses Ergebnis entspricht der Billigkeit, da der Waldbesitzer seinerseits verpflichtet ist, dem Eigentümer des fremden Nachbargrundstücks den durch die Benutzung entstehenden Schaden zu ersetzen.

IV. Das Recht des Straßenanliegers auf Zugang zu seinem Grundstück

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

OLG Naumburg JW 1929, 3025; OLG Kiel SchlHA 1933, 65 — SalzmZ 1933, 779; Soerge, 8. Aufl. 1952 Anm. A 16 b zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a) zu § 823 BGB.

Ausdrücklich gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

VerwPr. 1930, 214; Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1949 S. 103

1. Das Anliegerrecht im engeren Sinne und der Anliegergebrauch

Anlieger ist der Eigentümer eines Grundstücks, das an ein Nachbargrundstück grenzt, sowie der Eigentümer eines Grundstücks, das an einer öffentlichen Straße oder an einem öffentlichen Wasserlauf liegt. Während man die Rechte des Grundeigentümers, die ihm kraft seines Eigentums gegenüber den Nachbarn zustehen, als Nachbarrechte bezeichnet, könnte man das Recht des Grundeigentümers, das sich aus seiner Lage an einer öffentlichen Straße ergibt, als Anliegerrecht im engeren Sinne bezeichnen. Der Oberbegriff für Nachbarrechte und das Anliegerrecht im engeren Sinne wäre dann das Anliegerrecht im weiteren Sinne. Unter diesen Begriff fallen alle Rechte des Grundeigentümers gegenüber seinen Nachbarn³⁶⁾ und gegenüber der öffentlichen Straße³⁷⁾.

Es ergibt sich aus der Lage des privaten Grundeigentums, daß die Anlieger einer öffentlichen Straße zu dieser in eine nähere Beziehung treten als andere Personen, die man Nichtanlieger nennen könnte. Die Anlieger erlangen aus dieser besonderen Beziehung zu dem öffentlichen Weg zwei subjektive Rechte, die voneinander völlig verschieden sind und daher nicht verwechselt werden dürfen: den Anliegergebrauch und das Anliegerrecht im engeren Sinne.

Der Anliegergebrauch beruht auf der Tatsache, daß die Anlieger die öffentliche Straße stärker und mehr benutzen als Nichtanlieger³⁸⁾. Man versteht deshalb unter Anliegergebrauch die vermehrte Benutzung der im Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Sache, auf die der Anlieger tatsächlich angewiesen ist³⁹⁾. Es handelt sich also lediglich um einen gesteigerten Gemeingebrauch der Anlieger und keine besondere Nutzungsform⁴⁰⁾. Der Anliegergebrauch ist also rechtlich nur ein Sonderfall des Gemeingebrauchs, da die Benutzung eines öffentlichen Weges durch die Anlieger auf keinem anderen und weitergehenden Rechtsgrunde beruht als die Benutzung der öffentlichen Straße für jedermann, der an solcher Benutzung ein

³⁶⁾ Auch diese Nachbarrechte — das Recht aus § 907 BGB, das Notwegrecht und die von den einzelnen Landesrechten gegenüber den privaten Nachbarn gewährten Rechte — sind sonstige Rechte. Siehe oben S. 20 ff.

³⁷⁾ Dieses Anliegerrecht im engeren Sinne wird im folgenden behandelt.

³⁸⁾ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd. Allgem. Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 352

³⁹⁾ Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 § 58 II = S. 310

⁴⁰⁾ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd. Allgem. Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 352. Nach Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1949 S. 104 nimmt der sog. Anliegergebrauch eine Sonderstellung ein zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung.

Interesse hat⁴¹⁾). Somit beruht der Anliegergebrauch als gesteigerter Gemeingebrauch auf dem öffentlichen Recht. Insbesondere folgt ein Recht auf Anliegergebrauch nicht aus dem Eigentum an dem Grundstück, das an die öffentliche Straße angrenzt, da deren Benutzung jedermann, also auch Nichtanliegern, freisteht. Der Anliegergebrauch und seine Verletzung ist daher in Zusammenhang mit dem Gemeingebrauch im Rahmen der subjektiv-öffentlichen Rechte zu behandeln⁴²⁾).

Neben dem Anliegergebrauch besteht das Anliegerrecht des Grundstückseigentümers im engeren Sinne. Es beruht auf dem unmittelbaren Interesse an der Erhaltung, unter Umständen auch an der Veränderung der öffentlichen Straße. So muß der Anlieger sein Grundstück betreten und verlassen können; ferner müssen Licht und Luft Zutritt zu den auf dem Grundstück stehenden Gebäuden haben. Es bestehen insoweit also ähnliche Grundsätze, wie sie das Landesrecht für die Rechte gegenüber privaten Nachbarn geschaffen hat. Im einzelnen herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum noch keine Klarheit darüber, welchen Umfang dieses Anliegerrecht hat und ob der Anlieger bei bestimmten Eingriffen des Staates oder der öffentlichen Hand Schadensersatzansprüche geltend machen kann.

2. Die rechtliche Konstruktion eines Schadensersatzanspruches des Anliegers bei Veränderungen der öffentlichen Straße

Viel erörtert ist in der Literatur die Frage, ob der durch Einziehung oder Änderung am Wegekörper, namentlich Höher- und Tieferlegung des Weges, geschädigte Anlieger einen Schadensersatzanspruch hat oder nicht⁴³⁾).

Eindeutig klar ist die Rechtslage lediglich in den Fällen, in denen eine positive gesetzliche Regelung vorhanden ist. So wird dem Anlieger in verschiedenen landesrechtlichen Gesetzen bei Veränderung des bisherigen Straßenzustandes, durch welche die bisherige Benutzung für den Straßenanlieger erschwert oder unmöglich gemacht wird, eine Entschädigung gewährt, wenn infolge des fehlenden Zugangs zur öffentlichen Straße der Gebrauchswert des Grundstücks gesunken ist⁴⁴⁾. In diesen Fällen ist der Schadensersatzanspruch durch die landesgesetzliche Vorschrift endgültig und abschließend geregelt, so daß wegen des Bestehens dieser Sonderbestimmung kein Raum mehr für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB ist.

In Preußen, wo eine derartige gesetzliche Regelung nicht bestand, wurde bei der Gewährung des Entschädigungsanspruches vom Obertribunal⁴⁵⁾ zwischen dem Ge-

⁴¹⁾ ProVG 32, 213

⁴²⁾ siehe oben S. 17

⁴³⁾ Dreyer, Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger, VerwArch. 17 (1909) S. 195 ff., 20 (1912) S. 161 ff.; Köhne, Der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch der Anlieger, Arch. öff. R. 13, 545; v. Blume, Das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen, Königsberger Festgabe f. Schirmer, 1900 S. 101 ff.; Loebell, Die Rechte der Anlieger an städt. Straßen im Geltungsbereiche des allgem. Landrechts, Gruch. 41, 1; Bering, Die Rechte der Straßenanlieger nach Inkrafttreten des BGB, Gruch. 44, 394; Schelcher, Entschädigung der Straßenanlieger, Fischers Ztschr. 34, 1 ff.; Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs u. Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = S. 237 ff.; Schmidt, Grundbegriffe des Wegerechts, Fischers Ztschr. 47, 80; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd. 3. Aufl. 1924 S. 131 ff.; Fleiner, Institutionen d. dt. Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928; Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948 § 22 = S. 510; Germershausen-Seydel, Wegerecht u. Wegeverwaltung in Preußen, unveränderter Nachdruck 1953 Bd. I, § 7 = S. 112 ff.; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und West-Berlin, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 228; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd. Allgem. Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 352 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 § 58 II = S. 311.

⁴⁴⁾ § 30 Abs. 3 bad. Ortsstraßengesetz v. 15. 10. 1908; § 18 württ. Bauordnung v. 28. 7. 1910 in der Fassung v. 27. 6. 1935 (RegB 181); Art. 16 hess. Bauordnung v. 30. 4. 1881; § 12 brandenburg. Bauordnung v. 13. 3. 1899; § 101 hamburg. Baupolizeigesetz v. 23. 6. 1882.

⁴⁵⁾ StriethArch 11, 164; 57, 276; 90, 345; OTR. 72, 1.

biet des gemeinen Rechts sowie dem Geltungsbereich des Allgemeinen Preußischen Landrechts und des rheinisch-französischen Rechts unterschieden. Während für das gemeine Recht die Entschädigung abgelehnt wurde, wurde sie für das Allgemeine Landrecht und das rheinisch-französische Recht bejaht. Zur Begründung führte das Obertribunal aus, daß dem Anlieger auf Grund eines stillschweigend zustande gekommenen Vertrages eine Servitut an dem öffentlichen Wege zustehe, die ihn dazu berechtige, die Straße zu benutzen und zu ihr einen ungehinderten Zugang zu haben ⁴⁶⁾. Dieses Recht könne dem Anlieger nicht entschädigungsgelos entzogen oder wesentlich geschmälert werden. Das Reichsgericht ist dieser Rechtsprechung des preußischen Obertribunals von einem servitutarischen Sonderrechtsanspruch auf Grund eines stillschweigenden Vertragsverhältnisses beigetreten ⁴⁷⁾. Später wurde die Figur der privatrechtlichen Grunddienstbarkeit fallen gelassen ⁴⁸⁾.

Diese von der Rechtsprechung des Reichsgerichts fortgeführte Theorie eines stillschweigenden Vertrages ist schon frühzeitig in der Literatur, besonders von Dernburg ⁴⁹⁾ und Dreyer ⁵⁰⁾, angegriffen worden. Man hat sie mit Recht für eine gekünstelte Fiktion gehalten und darauf hingewiesen, daß die Gemeinde nicht die Absicht habe, die Straße im bestehenden Zustand zu erhalten und für den Fall einer Veränderung dem Anlieger eine Entschädigung zu versprechen. Es fehle somit an der Willensübereinstimmung.

Vielfach wurde versucht, den Entschädigungsanspruch des Straßenanliegers anderweitig zu begründen. So konstruiert Loebell ⁵¹⁾ ein entsprechendes Recht des Hauseigentümers als gesetzliche Dienstbarkeit, übersieht dabei allerdings, daß eine gesetzliche Grundlage für eine solche Dienstbarkeit gerade fehlt. Bering ⁵²⁾ will demgegenüber einen Schadensersatzanspruch auf die §§ 1, 3, 4, 12 Preußisches Fluchtliniengesetz v. 2. 7. 1875 stützen. Von anderen wird ganz allgemein der Satz aufgestellt, daß für alle Schädigungen Privater, die durch Maßnahmen im öffentlichen Interesse hervorgerufen werden, das betreffende Gemeinwesen zu haften habe ⁵³⁾. Dabei wird für die Begründung des Entschädigungsanspruchs auf die Existenz eines auf Wohnheitsrecht beruhenden allgemeinen Rechtssatzes verwiesen.

Schließlich hat das Reichsgericht unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung ⁵⁴⁾ die für das preußische und rheinisch-französische Gebiet entwickelten Rechtsgrundsätze auch im Gebiet des gemeinen Rechts für anwendbar erklärt ⁵⁵⁾. Das Reichsgericht führt dazu aus, auf öffentlich-rechtlichem Gebiet könnten auch ohne privatrechtlichen Vertrag schuldrechtliche Verpflichtungen entstehen, die nach privatrechtlichen Grundsätzen zu behandeln seien; zu diesen gehöre die Pflicht, bei öffentlich-rechtlichen Verwaltungsmaßnahmen dem Schutz des davon Betroffenen Rechnung zu tragen ⁵⁶⁾. Die unterschiedliche Behandlung der beiden Rechtsbereiche

⁴⁶⁾ vgl. dazu: Dreyer, Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger, VerwArch 20, 161; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Bd. Allgem. Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 355

⁴⁷⁾ RG 25, 246; 37, 252; 44, 285; 56; 101; Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 1932 Bd. I S. 124

⁴⁸⁾ RG 70, 80

⁴⁹⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs u. Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = S. 239

⁵⁰⁾ Dreyer, Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger, VerwArch 20, 161

⁵¹⁾ Loebell, Die Rechte der Anlieger an städt. Straßen im Geltungsbereiche des allgem. Landrechts, Gruch. 41, 1

⁵²⁾ Bering, Die Rechte der Straßenanlieger nach Inkrafttreten des BGB, Gruch. 44, 394

⁵³⁾ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd. 3. Aufl. 1924 S. 135, 138

⁵⁴⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 228

⁵⁵⁾ RG 145, 107

⁵⁶⁾ RG 130, 98

wurde als dem Rechtsempfinden nicht mehr entsprechend aufgegeben und unter Anwendung des Prinzips der Aufopferungsentschädigung auf Schadloshaltung erkannt⁵⁷⁾. Das Reichsgericht⁵⁸⁾ meint, die Gleichstellung aller vor dem Gesetz sei ein Gebot geläuterter Rechtsanschauung, weshalb es nicht angehe, einen Volksgenossen innerhalb desselben Landes um deswillen schlechter zu stellen, weil er den Schaden im Gebiet des gemeinen Rechts und nicht in dem des preußischen ALR oder des rheinisch-französischen Rechts erlitten habe. Nach den für den Aufopferungsanspruch entwickelten Grundsätzen müsse jedem, der als einzelner im öffentlichen Interesse der Gesamtheit ein Vermögensopfer bringt, gegen die Gemeinschaft ein Anspruch auf billige Entschädigung zugestanden werden⁵⁹⁾.

Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch auf Grund §§ 74 und 75 Einl. ALR, denen schon frühzeitig gewohnheitsrechtliche Geltung außerhalb des preußischen Rechtskreises beigemessen wurde, ist die Beeinträchtigung eines Rechts⁶⁰⁾, in diesem Fall nach Auffassung des Reichsgerichts⁶¹⁾ die Beeinträchtigung des Anliegerrechts. In RG 145, 107 (113) wurde der vom Reichsgericht entwickelte Begriff des Anliegerrechts unter Zugrundelegung der bisherigen⁶²⁾ Reichsgerichtsrechtsprechung noch einmal dahin zusammengefaßt, daß nur das Recht des Anliegers auf Erhaltung des Zugangs von und zu der Straße zu Fuß und zu Wagen und auf Erhaltung der Möglichkeit des Zutritts von Luft und Licht zu den an der Straße errichteten Gebäuden gewahrt bleiben muß. Eine Benachteiligung des Anliegers in diesem Recht führt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu einem Aufopferungsanspruch.

3. Die Rechtsnatur des Anliegerrechts im engeren Sinne

In dieser ihm vom Reichsgericht gegebenen Formulierung⁶³⁾ ist das Anliegerrecht in der neueren verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ohne Widerspruch anerkannt worden⁶⁴⁾. Eine befriedigende theoretische Begründung hat das Anliegerrecht aber bisher noch nicht gefunden⁶⁵⁾. Die bisherigen Versuche zur Lösung des Problems vermögen nicht zu überzeugen. Weder kann das Anliegerrecht auf dem Preußischen Fluchtliniengesetz v. 2. 7. 1875 beruhen, da dieses Gesetz keine subjektiven Rechte für Privatpersonen schaffen wollte, noch kann es sich, wie oben bereits ausgeführt wurde⁶⁶⁾, auf einen stillschweigenden Vertrag oder unmittelbar auf das Gesetz stützen. Das Reichsgericht⁶⁷⁾ nimmt zur Frage der Rechtsnatur des Anliegerrechts nicht eindeutig Stellung, hält es aber doch für ein privatrechtliches, dingliches Recht.

⁵⁷⁾ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd. Allgemeiner Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 355

⁵⁸⁾ RG 145, 107 (112)

⁵⁹⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 229

⁶⁰⁾ v. Rosen-v. Hoewel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1955 S. 121

⁶¹⁾ RG 145, 107 (109, 112)

⁶²⁾ RG 25, 246; 37, 252; 44, 285; 56, 101; 62, 89; 66, 343; Gruch. 29, 676; 31, 930; 36, 683; 40, 623; 43, 945; 44, 973; 52, 703; PrVerwBl. 11, 163; JW 1889, 314 Nr. 42

⁶³⁾ RG 145, 107 (113)

⁶⁴⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 229; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl. 1958 S. 355; Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 = S. 311 — rhpf. OVG VerwRspr. 8 (1956), 94 = DOV 1955, 510

⁶⁵⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 1932 Bd. I § 7 = S. 120

⁶⁶⁾ siehe oben S. 30

⁶⁷⁾ RG 145, 107 (109, 114)

Im Ergebnis ist der Auffassung des Reichsgerichts darin zuzustimmen, daß es sich bei dem Anliegerrecht um ein privatrechtliches, dingliches Recht handelt. Dieses Anliegerrecht im engeren Sinne folgt aus dem Grundeigentum des Anliegers, das an die öffentliche Straße grenzt. Ähnlich formuliert es Dernburg ⁶⁸⁾ mit den Worten, daß die Zwecke des städtischen Zusammenlebens, die „Natur der Dinge“, genugsam die Annahme rechtfertigen, daß dem Straßengrundstück ein Recht auf die Kommunikation durch die Straße zusteht. Das Anliegerrecht ist ein Ausfluß des Eigentums, zu dem es den Zugang gewährleistet. Daher ist das Anliegerrecht im engeren Sinne von der gleichen Rechtsnatur wie die Nachbarrechte, die ebenfalls die ungehinderte Benutzung des Grundeigentums gewähren und zusammen mit dem Anliegerrecht im engeren Sinne das Anliegerrecht im weiteren Sinne bilden. Andererseits ist der über die öffentliche Straße Verfügungsberechtigte durch das Anliegerrecht des Grundstückseigentümers in seiner Verfügungsmacht, ebenso wie die Nachbarn in ihrem Eigentum, beschränkt. Dieses auf dem Eigentum beruhende Anliegerrecht des Grundeigentümers von und zu seinem Grundstück ist somit ebenso wie das Recht, von dem es sich herleitet, privatrechtlicher und dinglicher Natur. Es handelt sich um ein eigentumsähnliches und daher privatrechtliches und dingliches Recht auf ungehinderte Benutzung des Grundeigentums, insbesondere hinsichtlich des Zuganges von und zur öffentlichen Straße, an der es gelegen ist.

Nicht zutreffend ist die Auffassung, das Anliegerrecht sei ein subjektiv-öffentliches Recht ⁶⁹⁾. Denn subjektiv-öffentliche Rechte haben eine dem einzelnen in seinem Interesse zustehende, dem öffentlichen Recht angehörende abgegrenzte Willensmacht gegenüber einem Träger der Staatsgewalt zum Inhalt ⁷⁰⁾. Dies ist bei dem Anliegerrecht im engeren Sinne nicht der Fall, da es im Gegensatz zum Gemeingebrauch nicht auf dem öffentlichen Recht beruht, sondern als Ausfluß des Eigentums auf dem privaten Recht. Die angeführte Entscheidung des rhpf. OVG ⁷¹⁾ ist insofern nicht eindeutig, als sie im Leitsatz das Anliegerrecht als subjektives öffentliches Recht bezeichnet, während es in den Gründen ein privates Recht des Anliegers auf Erhaltung des Zugangs genannt wird.

Als privates eigentumsähnliches und somit dingliches Recht ist das Anliegerrecht im engeren Sinne ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

4. Die Verletzung des Anliegerrechts im engeren Sinne

Das Anliegerrecht im engeren Sinne ist somit das Recht des Grundeigentümers auf Erhaltung des Zugangs vom und zum Wege zu Fuß und zu Wagen und auf Erhaltung der Möglichkeit des Zutritts von Luft und Licht zu den an der Straße errichteten Gebäuden ⁷²⁾. Auf diesen Umfang ist das Anliegerrecht auch beschränkt, wie sich aus seiner Ableitung aus dem Grundeigentum und seiner Verwandtschaft zu den Rechten gegenüber Nachbargrundstücken ergibt. Seine Begrenzung findet das Anliegerrecht in dem öffentlichen Zweck der Straße und ihren der Allgemeinheit dienenden Aufgaben ⁷³⁾.

⁶⁸⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs und Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = S. 239

⁶⁹⁾ Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 = S. 311 — rhpf. OVG VerwRspr. 8 (1956), 94 = DOV 1955, 510

⁷⁰⁾ v. Rosen-v. Hoewel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1955 S. 70

⁷¹⁾ rhpf. OVG VerwRspr. 8 (1956), 94 = DOV 1955, 510

⁷²⁾ RG 145, 107 (113); Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 § 58 II = S. 311

⁷³⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 126

Verletzt wird das Anliegerrecht jedesmal dann, wenn ein Grundstück von der Verbindung mit der öffentlichen Straße (Kommunikation) abgeschnitten wird. Somit liegt in jeder Sperrung eines Weges, der den Zugang zum Grundstück vermittelt, eine Verletzung des Anliegerrechts. Durch jede Aufhebung der Zugänglichkeit und ihre dauernde oder erhebliche Erschwerung wird das Anliegerrecht verletzt⁷⁴⁾. Diese Behinderung des Zugangs zu einem Grundstück kann durch tatsächliche Handlungen oder andere Maßnahmen erfolgen. Solche tatsächlichen Handlungen, durch die der Zugang zum Grundstück behindert oder aufgehoben und somit das Anliegerrecht verletzt wird, können sein: das Verändern oder Unbrauchbarmachen einer Straße, so daß diese nicht mehr für den Fahrzeug- oder Fußgängerverkehr benutzt werden kann; das Sperren einer Straße durch Aufstellen von Hindernissen und Barrikaden; das Abschneiden des Zugangs durch Anlegen eines künstlichen Wasserlaufs oder einer Eisenbahn; das Höher- oder Tieferlegen der Straße, so daß der Zugang und die Zufahrt erschwert ist.

Nicht zutreffend ist daher die Entscheidung des RG⁷⁵⁾, daß durch Sperrung der Kommunikationswege kein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB verletzt werde. Einem Müller waren die drei Zufahrtswege für Kunden zu seiner Mühle von der Kommandantur eines Truppenübungsplatzes während Schießübungen aus Sicherheitsgründen durch Aufstellen von Barrikaden mit Vorgängeschloßern gesperrt worden, so daß während dieser Zeit keine Kundschaft zu ihm kommen konnte. Entgegen der Auffassung des Reichsgerichts liegt hierin eine Verletzung des Anliegerrechts im engeren Sinne, weil der Zugang von und zur Mühle unmöglich gemacht wurde, so daß der Militärfiskus gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadenersatz hätte haften müssen. Ebenso wird im Gegensatz zu der Ansicht Nebingers⁷⁶⁾ durch Anlegung eines Werkkanals für ein zu errichtendes Wasserkraftwerk das Anliegerrecht eines Grundstückseigentümers dann verletzt, wenn ein im Eigentum der Gemeinde stehender Feldweg derart durchschnitten wird, daß dem Grundeigentümer die bisherige Zufahrt zu seinem Grundstück unmöglich gemacht wurde und er einen größeren Umweg machen mußte.

Das Anliegerrecht gewährt nicht nur die Zugänglichkeit des unmittelbar vor dem Grundstück gelegenen Straßenteils, sondern daß auch eine zum Gehen und Fahren genügende Verbindung mit dem übrigen Straßennetz — wenn auch nur nach einer Richtung hin und unter Umwegen — aufrecht erhalten bleibt⁷⁷⁾.

Die anderen Maßnahmen, durch die das Anliegerrecht außer durch tatsächliche Handlungen verletzt werden kann, können sein: das Verbot, die Straße, an die ein Grundstück angrenzt, zu benutzen, und ganz besonders die Entwidmung. So stellt die Veräußerung einer Straße durch die Gemeinde die ausdrückliche Erklärung dar, ihre Eigenschaft als öffentlichen Weg aufzuheben⁷⁸⁾. Die in der Auflassung enthaltene Entwidmung verletzt das Anliegerrecht der Grundstückseigentümer auf Erhaltung des Zugangs von und zur Straße zu Fuß und zu Wagen⁷⁹⁾. Demgemäß ist eine Entwidmung nur dann zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse begründet ist. Insbesondere ist die Einziehung eines Weges dann unstatthaft, wenn der Weg den einzigen Zugang zu einem nutzbaren oder gar bebauten Grundstück bil-

⁷⁴⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 126

⁷⁵⁾ RG JW 1906, 163

⁷⁶⁾ Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1949 S. 103 N. 6 unter Berufung auf VerwPr. 1930, 214

⁷⁷⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 124

⁷⁸⁾ Wand, Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Wege in der Pfalz, 1887, S. 203

⁷⁹⁾ rhpf. OVG VerwRspr. 8 (1956), 94 = DOV 1955, 510

det. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn überwiegende öffentliche Interessen die Entwidmung geboten erscheinen lassen.

Das Anliegerrecht findet seine Begrenzung in dem öffentlichen Zweck der Straße. Es hat keinen weiteren Inhalt und Umfang, als sich aus der Natur und dem Wesen der Straße ergibt. Infolgedessen wird das Anliegerrecht durch vorübergehende Störungen des Zugangs zum Grundstück nicht verletzt, wenn es sich um Reparaturen oder Verbesserungen, wie Pflastern oder Asphaltieren der Straße, handelt⁸⁰⁾. Diese Beeinträchtigung des Zugangs, um die Straße in brauchbarem Zustand zu erhalten, enthält deshalb keinen Eingriff in das Anliegerrecht, weil die Maßnahme unmittelbaren Wegeinteressen dient⁸¹⁾. Wenn also die Zufahrtsstraße zu einer Ausflugsgaststätte für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen wegen Unterhaltungsarbeiten gesperrt ist, hat der Gaststättenbesitzer keinen Anspruch⁸²⁾ auf Schadensersatz wegen Verletzung seines Anliegerrechts. Dasselbe, was für die Erhaltung des Weges für seine öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung durch den Wegeunterhaltungspflichtigen gilt, muß auch für zugelassene Einrichtungen und Anlagen des Wegeeigentümers oder eines Dritten gelten, wie Kanalisationsarbeiten und Röhrenlegen⁸³⁾. Vorausgesetzt ist allerdings, daß wenigstens dem Anlieger selbst der Zugang erhalten bleibt. Ist dies nicht der Fall, wird das Anliegerrecht des Grundeigentümers verletzt.

Für Grundstücke an Landstraßen außerhalb geschlossener Ortschaften wurde von der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁸⁴⁾ ein Anliegerrecht abgelehnt mit der Begründung, daß diese Straßen nicht dem Zweck dienen, daß Häuser an sie gebaut werden. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß auch der Eigentümer eines solchen Grundstücks das Recht haben muß, Zugang von und zu seinem Eigentum zu haben, da dieses sonst wertlos ist. Es ist darum nicht einzusehen, warum hinsichtlich des Anliegerrechts zwischen Grundstücken in der Stadt und denen auf dem Lande ein Unterschied gemacht werden soll.

In das Anliegerrecht im engeren Sinne ist das Licht- und Luftrecht einbegriffen⁸⁵⁾. Der Straßeneigentümer darf kein Licht verbauen. Verletzt werden das Licht- und Luftrecht, wenn die Licht- und Luftzufuhr gänzlich abgeschnitten oder dauernd in erheblichem Maße beeinträchtigt werden. Dagegen besteht kein Recht des Anliegers auf Erhaltung einer bestimmten Aussicht oder darauf, daß die Ladenfenster eines Geschäftshauses von allen Seiten sichtbar bleiben⁸⁶⁾. Insoweit können sich also keine Schadensersatzansprüche wegen Verletzung eines sonstigen Rechts ergeben.

Neben dem Grundeigentümer steht auch dem Mieter des an die Straße grenzenden Grundstücks ein Anliegerrecht im engeren Sinne zu, weil sein Recht auf den Mietbesitz von dem Eigentümer abgeleitet ist⁸⁷⁾, auf dessen Eigentum wiederum das Anliegerrecht beruht. Ebenso ist es bei den Inhabern dinglicher Rechte an dem Grundstück.

⁸⁰⁾ OLG Naumburg JW 1929, 3025

⁸¹⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs u. Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = 240

⁸²⁾ OLG Naumburg JW 1929, 3025

⁸³⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 126

⁸⁴⁾ RG Gruch. 32, 699; JW 1900, 536; Dernburg, Das bürgerliche Recht d. dt. Reichs u. Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = S. 240; Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 126

⁸⁵⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 125

⁸⁶⁾ RG 145, 107 (113)

⁸⁷⁾ OLG Naumburg, JW 1929, 3025; Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 125

Nicht nur an öffentlichen Straßen, sondern auch an öffentlichen Wasserläufen besteht ein Anliegerrecht des Grundeigentümers auf Erhaltung des Zugangs zu der Wasserstraße. Dieses Recht ist insbesondere bei Grundeigentümern von Bedeutung, die den Fluß in Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb benutzen⁸⁸⁾. Der Rechtsprechung des RG⁸⁹⁾, die ein Recht der Uferanlieger auf Erhaltung der Kommunikation mit der öffentlichen Wasserstraße abgelehnt hat, ist daher nicht zu folgen. Vielmehr hat das Anliegerrecht für jeden Anlieger einer öffentlichen Sache zu gelten⁹⁰⁾. Wenn daher ein an Gebäuden unmittelbar vorbeifließender Fluß zugeschüttet und dadurch die Anlegung von Kähnen und die Benutzung von Waschbänken unmöglich gemacht wird, stellt dies eine Verletzung des Anliegerrechts dar und macht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig⁹¹⁾.

5. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Anliegerrechts

Verletzbar ist das Anliegerrecht grundsätzlich durch jedermann. Insbesondere kommen als Schädiger in Betracht der Staat, der Landkreis, die Gemeinde und Privateute.

Bei der Haftung des Staates für Schäden wegen Verletzung des Anliegerrechts ergeben sich besondere Probleme. Sofern die Verletzung des Anliegerrechts im Rahmen einer hoheitlichen Handlung des Staates erfolgt ist, finden § 839 BGB, Art. 34 GG Anwendung, so daß ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht kommt. In der Regel liegt jedoch bei der Unterhaltung öffentlicher Wege fiskalisches Handeln des Staates vor⁹²⁾. Der Staat haftet also bei Verletzungen des Anliegerrechts in Zusammenhang mit der Unterhaltung öffentlicher Wege oder anderer fiskalischer Handlungen wie eine Privatperson aus § 823 Abs. 1 BGB. Der Schadensersatzanspruch richtet sich gegen den jeweils zuständigen Träger der Wegebaukosten der betreffenden Straße, durch dessen Handlung der Zugang des Anliegers zu seinem Grundstück unmöglich gemacht oder erschwert worden ist. Soweit also die Verletzung der Verbindung zu Bundesfernstraßen (Bundesautobahnen und Bundesstraßen) in Frage steht, richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen den Bund⁹³⁾. Für Landstraßen erster Ordnung sind die Länder zuständig, für Landstraßen zweiter Ordnung die Länder oder die Landkreise⁹⁴⁾. Bei Abschnidungen von Gemeindewegen und bestimmten Ortsdurchfahrten richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde⁹⁵⁾. Ferner ist eine Verletzung des Anliegerrechts auch durch andere Behörden oder öffentlich-rechtliche Körperschaften, etwa durch Anordnung einer unzulässigen Sperrung, denkbar⁹⁶⁾.

Besondere Schwierigkeiten wird bei der Verletzung des Anliegerrechts durch die öffentliche Hand der Nachweis des Verschuldens machen. Hauptsächlich kommen dabei unsachgemäßes Vorgehen und Ermessensfehler in Betracht. Wenn das Anliegerrecht des Grundeigentümers vom Staat schuldlos verletzt worden ist, ent-

⁸⁸⁾ Dernburg, Das bürgerl. Recht d. dt. Reichs u. Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 70 = S. 240

⁸⁹⁾ RG Gruch. 29, 676

⁹⁰⁾ Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd. Allgem. Teil 7. Aufl. 1958 § 20, 2 = S. 352

⁹¹⁾ Dieser Sachverhalt lag der Entscheidung RG Gruch. 29, 676 über die Verlegung des Spreebettes zur Anlage der Stadtbahn in Berlin zugrunde.

⁹²⁾ v. Rosen-v. Hoewel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1955, S. 116

⁹³⁾ §§ 5 Abs. 1, 1 Abs. 2 FStrG; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954 S. 362

⁹⁴⁾ BGH 6, 194 = NJW 1952, 1089; v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1954 S. 362

⁹⁵⁾ § 5 Abs. 2 FStrG; Art. 46 ff. Bayer. Straßen- und Wegegesetz v. 11. 7. 58

⁹⁶⁾ OLG Naumburg JW 1929, 3025

fällt der Deliktsanspruch. Es kann dem Anlieger für diesen schuldlosen Eingriff des Staates, der rechtmäßig oder rechtswidrig sein kann, trotzdem ein öffentlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch zustehen auf Grund §§ 74 und 75 Einl. ALR, der hier jedoch nicht zu behandeln ist⁹⁷⁾.

Außer durch die öffentliche Hand ist das Anliegerrecht auch durch Private verletzbar. Selbst der Anlieger eines Interessentenweges hat ein Recht auf Zugang zu diesem Privatweg, wenn keine andere Verbindung seines Grundstücks mit dem Straßennetz besteht. An dem Bestehen dieses Anliegerrechts ändert auch die Tatsache nichts, daß der Anlieger sich nicht an den Kosten für die Unterhaltung des Privatweges beteiligt. Die Rechtslage ist also ähnlich wie beim Notwegrecht⁹⁸⁾. Wenn die anderen Interessenten einen Anlieger sperren oder ihn am Zugang zu dem Privatweg hindern, verletzen sie dessen Anliegerrecht und machen sich ihm schadensersatzpflichtig⁹⁹⁾.

Ein Schaden kann dem Anlieger insbesondere dadurch entstehen, daß er durch die Aufhebung oder Behinderung der Zugänglichkeit einen Verdienstausschlag in seinem Gewerbebetrieb (Ladengeschäft, Mühle, Gastwirtschaft) erleidet. Ferner können dem Verletzten dadurch höhere Kosten entstehen, daß er zur Erreichung seines Grundstücks oder des Straßennetzes einen größeren Umweg machen muß. Schließlich kann der Schaden auch in den Kosten bestehen, die vom Anlieger zur Wiederherstellung des Zugangs zur Straße aufgewendet werden müssen. Hierher gehören die Kosten für Treppen und ähnliche Vorrichtungen und Verbindungsmöglichkeiten¹⁰⁰⁾.

Anhang

6. Das Recht auf Fortbestand des bisherigen Straßenzustandes

Ausdrücklich gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

OLG München 34, 103 (104); Palandt-Gramm 18. Aufl. 1959 Anm. 6 h zu § 823 BGB

Auf das Fortbestehen von Vorteilen, die über die grundsätzliche Gewährleistung der Zugänglichkeit seines Grundstücks zu Fuß und zu Wagen sowie des Luft- und Lichteintritts hinausgehen (Anliegerrecht im engeren Sinne) hat der Anlieger kein Recht¹⁰¹⁾. Insbesondere gibt es kein Recht auf Fortbestand des bisherigen Straßenzustandes als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹⁰²⁾. Denn aus dem Eigentum läßt sich nur das Recht auf Zugang von und zum Grundstück ableiten. Das durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts geschützte rechtliche Interesse an dem bisherigen Straßenzustand begründet auf jeden Fall kein subjektives privates Recht. So muß es sich der Anlieger gefallen lassen, wenn sein Geschäft oder Gewerbebetrieb infolge einer Straßenverlegung und der damit verbundenen Verlagerung des Verkehrs weniger Ertrag abwirft¹⁰³⁾. Ebenso muß der Inhaber eines Geschäfts an einer verkehrsreichen Straße es ersatzlos dulden, daß an dem Rande des Bürgersteigs Gitter angebracht werden, die seine Kunden zu einem kurzen Umweg zwingen oder gar zum Besuch eines Konkurrenzgeschäfts veranlassen¹⁰⁴⁾.

⁹⁷⁾ Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959 § 58 II = S. 311; RG 145, 107

⁹⁸⁾ siehe oben S. 22/23

⁹⁹⁾ OLG Kiel SchlHA 1933, 65 = Allg. Dt. Haus- und Grundbesitzerzeitg. 1933, 777; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A I 6 b zu § 823 BGB

¹⁰⁰⁾ Germershausen-Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, unveränd. Nachdruck 1953 Bd. I § 7 = S. 124

¹⁰¹⁾ Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 229

¹⁰²⁾ OLG München 34, 103 (104)

¹⁰³⁾ RG 161, 369; Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl. 1956 § 17 N. 11 = S. 229

¹⁰⁴⁾ BGH NJW 1953, 383

§ 5. Erbbaurecht und Dienstbarkeiten

I. Erbbaurecht

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 18; Staudinger-Engelmann, 9. Auflage 1929 Anm. II A e zu § 823 BGB; RGR-Kommentar, 10. Aufl. 1953 Anm. 9 zu § 823 BGB; Rosenthal, 14. Aufl. 1953 Anh. 1 B I zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa) zu § 823 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Das Wesen des Erbbaurechts

Das Erbbaurecht ist das ein Grundstück belastende vererbliche und veräußerliche Recht, ein Bauwerk auf oder unter der Oberfläche dieses Grundstücks zu haben (§ 1 ErbbRVO)¹⁾. Als dingliches Recht ist das Erbbaurecht somit ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Es gewährt dem Erbbauberechtigten gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und jedem Dritten einen Anspruch auf Duldung seines Bauwerks. Das Erbbaurecht wird im Gesetz wie das Eigentum behandelt. Insbesondere finden gemäß § 11 Abs. 1 ErbbRVO auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung. Im Falle der Verletzung werden daher dem Erbbauberechtigten dieselben absoluten Ansprüche wie dem Eigentümer gewährt, darunter der Abwehranspruch nach § 1004 BGB. Bei schuldhafter Verletzung seines Erbbaurechts kann der Berechtigte nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen.

2. Die Verletzung des Erbbaurechts

Verletzbar ist das Erbbaurecht grundsätzlich durch den Eigentümer des belasteten Grundstück und jeden außenstehenden Dritten. Eine solche Verletzung kann jedoch nur dadurch erfolgen, daß entweder das Erbbaurecht selbst zum Erlöschen gebracht wird oder der Berechtigte an der von ihm beabsichtigten Erstellung des Bauwerks gehindert wird. Wenn das Bauwerk, das auf Grund des Erbbaurechts errichtet worden ist, beschädigt oder zerstört wird, liegt darin keine Verletzung des Erbbaurechts, sondern bereits ein Eingriff in das Eigentum. Denn der Erbbauberechtigte wird Eigentümer des von ihm erstellten Bauwerks (§ 12 Abs. 1 S. 1 ErbbRVO)²⁾.

II. Dienstbarkeiten

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Crome, System des Dt. Bürgerl. Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II 2 = S. 1019; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; RG WarnRspr. 1911 Nr. 331 = SeuffBl 76, 661; OLG Hamburg SeuffA 74 Nr. 10 S. 19 (1918); Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 18; Cosack-Mitteis,

¹⁾ Diese Legaldefinition stimmt mit der Formulierung von § 1012 BGB überein, der bis 1919 in Geltung war.

²⁾ Palandt-Hoche, Bürgerl. Gesetzbuch, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 12 ErbbRVO

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1927 § 229 II 2 a = S. 765; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. B II f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A e zu § 823 BGB; Schwarz-Blume, Grundriß des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Besonderer Teil, 1948 S. 113; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1950 S. 278; Rudolf Schmidt, Bürgerliches Recht, 2. Bd. Das Schuldrecht, 2. Aufl. 1953 S. 167; RGR-Kommentar, 10. Aufl. 1953 Anm. 9 zu § 823 BGB; Rosenthal, 14. Aufl. 1953 Anh. 1 B I zu § 823 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 109 II = S. 448; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 b = S. 939; Erman, Anm. 7 c aa) zu § 823 BGB; Achilles-Greif, Anm. 1 c zu § 823 BGB; Palandt, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Die Grunddienstbarkeiten

Eine Grunddienstbarkeit ist gemäß § 1018 BGB ein Nutzungsrecht an einem Grundstück zugunsten des Eigentümers eines anderen Grundstückes. Die Vereinbarung des Inhalts der Grunddienstbarkeit ist den Beteiligten überlassen. Nach § 1018 BGB können die Grunddienstbarkeiten einen dreifachen Inhalt haben³⁾:

- a) als Recht, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen —
hierher gehören: Wegegerechtigkeiten mit Fahrt- und Reitrecht sowie Viehtrieb; Weidgerechtigkeiten; Forst- und Waldgerechtigkeiten mit dem Recht zum Holzschlag, zum Einsammeln von Leseholz und Windbruch sowie zum Pilzesuchen; Wassergerechtigkeiten mit dem Recht auf Wasserzuführung und -ableitung, auf Wassers schöpfen und dem Recht, auf fremden Seen zu fahren; Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen, wie das Recht, Kalk zu brennen, Erde, Steine oder Lehm zu holen, Torf zu stechen sowie Rohr und Schilf zu hauen.
- b) als Recht, die Vornahme gewisser Handlungen auf dem dienenden Grundstück zu verbieten —
hierher gehören: Aussichts-, Licht- und Fensterrechte; Baubeschränkungen, daß das Nachbargrundstück nicht oder nur in gewisser Höhe oder einem bestimmten Stil bebaut werde, sowie das Recht, gewisse Immissionen vom Nachbargrundstück her zu verbieten
- c) als Recht, welches die Ausübung eines Rechts gegenüber dem herrschenden Grundstück, das sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem anderen gegenüber ergibt, ausschließt —
hierher gehören: das Recht zu übermäßigen Immissionen auf das Nachbargrundstück sowie insbesondere die Dienstbarkeit der Unterwerfung unter die Einwirkungen des Bahnbetriebes.

Das Recht aus der Grunddienstbarkeit steht dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu und ist somit objektiv und subjektiv dinglich.

2. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten sind gemäß § 1090 Abs. 1 BGB dingliche Rechte, die ihrem Inhalt nach Grunddienstbarkeiten sind, aber für eine bestimmte Person bestellt worden sind. Sie sind infolgedessen objektiv dinglich und subjektiv persönlich. Von den Grunddienstbarkeiten unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, sondern demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung des dienenden Grundstücks erfolgt ist, zustehen. Auf die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind nach § 1090 Abs. 2 BGB die Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten entsprechend anwendbar. Ein Unterschied

³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 110 S. 449 f.

besteht nach § 1091 BGB insofern, als sich der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten bestimmt.

3. Die Rechtsnatur der Dienstbarkeiten

Die Dienstbarkeiten sind absolute und dingliche Rechte wie das Eigentum. Sie verpflichten den Eigentümer des dienenden Grundstücks sowie jeden Dritten zu einem Unterlassen jeder Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit oder der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Wenn das Recht aus der Dienstbarkeit beeinträchtigt wird, so hat der Dienstbarkeitsberechtigte nach §§ 1027, 1090 Abs. 2, 1004 BGB einen Anspruch auf Beseitigung dieser Beeinträchtigung. Er kann also wie der Eigentümer jede Störung der Dienstbarkeit verbieten. Dieses Recht des Dienstbarkeitsberechtigten besteht somit unabhängig neben dem Recht des Eigentümers auf Unterlassung von Beeinträchtigungen seines Eigentums. Infolgedessen genießen die Dienstbarkeiten, die vom Gesetz ebenso wie das Eigentum vor Beeinträchtigungen geschützt werden, bei schuldhafter Verletzung den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht.

4. Die Verletzung der Dienstbarkeiten

Verletzbar ist eine Dienstbarkeit durch jeden außenstehenden Störer⁴⁾. In diesem Sinne ist Störer jede Person, die eine das Recht aus der Dienstbarkeit beeinträchtigende Handlung vornimmt. Für die Frage, ob danach eine Verletzung der Dienstbarkeit vorliegt, muß infolgedessen unterschieden werden, welchen Charakter die dem Berechtigten bestellte Dienstbarkeit hat. Wenn die Dienstbarkeit affirmativ ist, ihr Inhaber also lediglich berechtigt ist, bestimmte Handlungen auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen, dann wird das Recht aus der Dienstbarkeit nicht dadurch beeinträchtigt, daß ein anderer die gleiche Handlung vornimmt. Vielmehr wird die Dienstbarkeit in diesem Falle nur durch denjenigen beeinträchtigt, der den Berechtigten hindert, die ihm zustehende Benutzungshandlung vorzunehmen. Der Dienstbarkeitsberechtigte, dem an einem anderen Grundstück ein dingliches Torfgewinnungsrecht bestellt ist, wird somit nicht dadurch verletzt, daß ein anderer Torf aus dem Grundstück entnimmt⁵⁾. Er kann keinen Schadensersatz für die ihm entgangenen Bodenbestandteile verlangen. Anders ist es, wenn die Dienstbarkeit affirmativen und negativen Charakter hat, dem Berechtigten also ein ausschließliches Recht zur Vornahme der betreffenden Handlung zusteht. Ein ausschließliches Recht auf Gewinnung von Bodenbestandteilen wird also jedes Mal dann verletzt, sobald ein anderer ebenfalls die gleichen Materialien aus dem dienenden Grundstück entnimmt. Ebenso kann ein Dienstbarkeitsberechtigter, der ein ausschließliches Wegerecht hat, von demjenigen Schadensersatz verlangen, der diesen Weg benutzt und beschädigt hat.

Störer ist aber auch, wer zu einer Handlung, durch welche die Dienstbarkeit beeinträchtigt wird, den Auftrag erteilt und sie durch Dritte vornehmen läßt. Er schafft dadurch mit seinem Willen einen Zustand, der die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit zur Folge hat. Das Reichsgericht⁶⁾ hatte sich in einem einzigen Fall mit der Verletzung einer Grunddienstbarkeit zu befassen. Dabei hatte der Eigentümer des dienenden Grundstücks dieses an eine Eisenbahngesellschaft zum Bau einer Eisenbahnlinie abgetreten. Der Wegeberechtigte konnte sein Recht nach

⁴⁾ RG WarnRspr. 1911 Nr. 331 = SeuffBl 76, 661

⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 109 II S. 448

⁶⁾ RG WarnRspr. 1911 Nr. 331, wo auch ausgesprochen ist, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks Störungen der Dienstbarkeit zu beseitigen verpflichtet ist.

dem Bau der Eisenbahnlinie nicht mehr ausüben. In diesem Fall wäre die Eisenbahngesellschaft schadensersatzpflichtig gewesen. Es war aber der Eigentümer verklagt worden.

Auch durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks kann die Dienstbarkeit verletzt werden. Denn er ist dafür verantwortlich, daß der Berechtigte das auf seinem Eigentum lastende dingliche Recht ausüben kann, und hat deshalb Störungen zu beseitigen. Durch den bloßen Verkauf des dienenden Grundstücks wird jedoch die Dienstbarkeit des Berechtigten nicht verletzt, weil sie auch nach dem Eigentumswechsel an dem betreffenden Grundstück nach wie vor besteht. Eine Verletzung der Dienstbarkeit wäre aber darin zu sehen, wenn der Eigentümer das dienende Grundstück anderen zu einer Benutzung überläßt, die sich nach ihrer Natur mit der Dienstbarkeit nicht vereinbaren läßt. Hierher würde also der Fall gehören, in dem der Eigentümer des dienenden Grundstücks es zuläßt, daß ein anderer auf seinem Grund und Boden Vorrichtungen anbringt, welche die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigen, wie wenn der Eigentümer in der oben zitierten Reichsgerichts-Entscheidung sein Grundstück an die Eisenbahngesellschaft verpachtet hätte, damit diese die Eisenbahnlinie darüber legen könnte. Dadurch hätte er das Wegerecht verletzt. Außerdem beeinträchtigt der Eigentümer die Dienstbarkeit ebenso wie ein außenstehender Dritter jedes Mal dann, wenn er den Berechtigten an der Ausübung des ihm zustehenden Rechts hindert oder bei einem ausschließlichen Benutzungsrecht selbst die betreffende Handlung vornimmt. Der Eigentümer eines mit dem dinglichen Recht auf ausschließliche Gewinnung von Bodenbestandteilen belasteten Grundstücks haftet also gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz, wenn er selbst die betreffenden Bodenbestandteile aus seinem Grundstück wegnimmt.

Nicht haltbar ist die Ansicht Struwes⁷⁾, daß der Eigentümer die Dienstbarkeit dann nicht verletzt, wenn er eine Einwirkung auf das Grundstück gestattet, die zu hindern er kein Interesse hat. In dieser ausgedehnten Formulierung ist der Satz nicht zutreffend. Denn aus dem Recht der Dienstbarkeit folgt gerade die Pflicht des Eigentümers, Handlungen zu unterlassen, welche die Dienstbarkeit verletzen. In diesem Sinne liegt ein Eingriff des Eigentümers in die Dienstbarkeit dann vor, wenn er duldet, daß ein anderer, dem er das Grundstück zum Gebrauch überlassen hat, die Beeinträchtigung vornimmt und sie nicht beseitigt⁸⁾.

Hinsichtlich des Verschuldens des Störers, das in § 823 Abs. 1 BGB zur Entstehung des Schadensersatzanspruches gefordert wird, ist eine Besonderheit zu erwähnen. Nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts ist nämlich von dem Erfordernis eines Verschuldens dann abzusehen, wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, den widerrechtlichen Angriff abzuwehren, und er sich die Beeinträchtigung seiner Dienstbarkeit deshalb gefallen lassen muß, weil sie von einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen oder gemeinnützigen Anlage ausgeht⁹⁾. Dieser Grundsatz, der nicht speziell für die Verletzung einer Grunddienstbarkeit, sondern nur für die Beeinträchtigung eines Rechts im allgemeinen ausgesprochen worden ist, beruht auf § 26 GewO. Danach kann der Grundstückseigentümer, der durch eine auf einem benachbarten Grundstück gelegene gewerbliche Anlage beeinträchtigt wird, die mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtet wurde, nicht mehr deren Beseitigung verlangen, sondern lediglich die Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Einwirkung ausschließen. Wenn dies nicht möglich ist, kann er auch ohne Verschulden des Störers Schadloshaltung verlangen. Dasselbe muß auch in dem Falle gelten, in dem der

⁷⁾ Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 19

⁸⁾ E r m a n - R o n k e, 2. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 1027 BGB

⁹⁾ RG 58, 130; 63, 374; JW 1904, 360 Nr. 16; 1907, 299 Nr. 1; 1910, 580 Nr. 15

Dienstbarkeitsberechtigter durch eine derartige Anlage in seinem Recht verletzt wird¹⁰⁾.

Eine weitere Besonderheit liegt dann vor, wenn ein Dritter bei einer Grunddienstbarkeit den Dienstbarkeitsbesitz selbst zusammen mit dem herrschenden Grundstück erlangt hat. Wolff-Raiser¹¹⁾ bilden folgendes Beispiel: Ein gutgläubiger Nichteigentümer kommt auf Grund einer nichtigen Auflassung, deren Nichtigkeit er infolge leichter Fahrlässigkeit nicht erkannt hat, in den Besitz des herrschenden Grundstücks. Danach zerstört der Besitzer vorsätzlich die Wasserleitungsanlage auf dem dienenden Grundstück, um eine andere Anlage, die ihm fälschlich besser erscheint, herzustellen. In diesem Fall wäre es unbillig, den gutgläubigen Besitzer auf Schadensersatz wegen Verletzung der Dienstbarkeit haften zu lassen. Es sind vielmehr, da die Interesselage die gleiche ist, die Grundsätze über den Eigentumsherausgabeanspruch sinngemäß anzuwenden. Analog § 992 BGB haftet nur derjenige, der sich deliktisch in den Besitz der Anlage gesetzt hat, welcher Gegenstand der Dienstbarkeit ist, gemäß § 823 Abs. 1 BGB für allen entstandenen Schaden, wenn ihm beim Erwerb der Sache oder bei einer späteren, den Eigentümer schädigenden Verfügung ein Verschulden trifft. Von einem nicht deliktischen Besitzer kann der Dienstbarkeitsberechtigte daher nicht Schadensersatz nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen verlangen, sondern nur in entsprechender Anwendung des § 990 BGB. Dies folgt daraus, daß die Haftung des Besitzers für jede schuldhaftige Eigentumsverletzung und damit auch für jede Verletzung eines sonstigen Rechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB der Vorschrift des § 992 BGB, nach welcher die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nur bei Besitzerlangung durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung eintreten soll, widersprechen würde.

5. Der Nießbrauch

Der Nießbrauch ist gemäß § 1030 Abs. 1 BGB das höchstpersönliche dingliche Recht auf die gesamten Nutzungen eines fremden Gegenstandes. Da der Nießbrauch an jedem Gegenstand bestellt werden kann, unterscheidet das Gesetz

- a) den Nießbrauch an beweglichen Sachen,
- b) den Nießbrauch an Grundstücken,
- c) den Nießbrauch an Rechten und
- d) den Nießbrauch an einem Vermögen.

Der Nießbrauch wird in der Praxis hauptsächlich als Sicherungsnießbrauch und bei Rechtsgeschäften in der Familie bestellt. Dem Nießbraucher steht nach § 1036 Abs. 1 BGB der Besitz der Sache zu. Er ist unmittelbarer Besitzer, während der Eigentümer gemäß § 868 BGB mittelbaren Besitz hat.

Als Inhaber eines dinglichen Rechts wird der Nießbraucher ebenso wie der Eigentümer vor Beeinträchtigungen seines Rechts geschützt, da nach § 1065 BGB bei Beeinträchtigung des Nießbraucherrechts auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Bei schuldhafter Verletzung des Nießbrauchs entsteht demgemäß ein Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB.

Kein dingliches und somit auch kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist der Nießbrauch an einer Forderung, da der Nießbraucher keine bessere Rechtsstellung haben kann als der Forderungsgläubiger. Der Forderungsnießbraucher ist also hier nicht zu behandeln.

¹⁰⁾ RG WarnRspr. 1911 Nr. 331 = SeuffBl 76, 661; RG 135, 308 (312); RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 4 zu § 1027 BGB

¹¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 109 II 4 = S. 448

Verletzbar ist der Nießbrauch durch den Eigentümer selbst sowie durch jeden außenstehenden Dritten. Die Verletzung des Nießbrauchs kann entweder dadurch geschehen, daß dem Nießbraucher die Sache, an der sein Recht besteht, entzogen oder zerstört wird¹²⁾. Wenn also die Erben das ererbte Anwesen, an dem zugunsten eines Dritten der Nießbrauch bestellt worden ist, anzünden, so haften sie dem Nießbraucher auf Schadensersatz, insbesondere auf die von ihm für eine andere Wohnung zu zahlende Miete.

Der Nießbrauch erstreckt sich von selbst auf alle wesentlichen Bestandteile der belasteten Sache. Daher wird derjenige, der eingetragener Nießbraucher eines Grundstücks ist, dadurch in seinem Recht verletzt, daß ein Lieferant Vorrichtungen an dem betreffenden Haus anbringt, welche wesentlicher Bestandteil desselben werden, und sie dann wieder ohne Wissen und Willen des Nießbrauchers entfernt¹³⁾. Ebenso ist die Rechtslage, wenn der Nießbraucher, sofern die eingebauten Vorrichtungen nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden sind, einen etwaigen Eigentumsvorbehalt des Lieferanten gutgläubig nicht kennt¹⁴⁾. Der Nießbrauch kann nämlich auch gemäß §§ 1032, 932 BGB gutgläubig erworben werden, falls der Nießbraucher das Eigentum des wirklichen Eigentümers nicht gekannt und den Besteller für den Eigentümer gehalten hat.

Wird eine mit Nießbrauch belastete Sache von einem Dritten beschädigt oder vernichtet, so entsteht sowohl zugunsten des Eigentümers als auch zugunsten des dinglich Berechtigten ein Schadensersatzanspruch. Der Anspruch des Eigentümers folgt aus der Verletzung seines Eigentums, derjenige des Nießbrauchers aus der Verletzung seines dinglichen Rechts an der Sache. Beide Ansprüche beruhen also auf § 823 Abs. 1 BGB. Es tritt aber in diesem Fall dingliche Surrogation¹⁵⁾ ein, so daß sich der Nießbrauch von selbst auch auf die Ersatzforderung des Eigentümers erstreckt, welche auf den vollen Sachwert gerichtet ist. Wenn der Ersatzpflichtige an den Nießbraucher leistet, dann wird er, da dieser nach § 1036 Abs. 1 auch in der Regel Besitzer der belasteten Sache ist, gemäß § 851 BGB auch dem Eigentümer gegenüber befreit. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur fehlt eine eingehende Erörterung des Problems. Für das Schweizerische Obligationenrecht behandelt von Tuhr¹⁶⁾ den Fall und gesteht ebenfalls dem Eigentümer und dem Nießbraucher einen Schadensersatzanspruch zu. Das schweizerische Recht weicht insoweit vom deutschen Recht nicht ab, weil nach Art. 41 OR derjenige, der einem anderen widerrechtlich Schaden zugefügt hat, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, ihm zum Ersatze verpflichtet ist¹⁷⁾. Dabei sieht es von Tuhr als „angemessene und nach Art. 43¹⁸⁾ dem Richter freistehende Lösung“ an, daß der Eigentümer eine Ersatzforderung auf den vollen Sachwert erhält und das Nießbrauchrecht sich auf diese Forderung überträgt. Diese Regelung entspricht der Lösung, wie sie oben für das deutsche Recht vertreten worden ist. Auf jeden Fall ist der Schädiger nur einmal zum Schadensersatz verpflichtet. Die Problematik als solche entsteht in diesem Fall dadurch, daß durch eine unerlaubte Handlung in zwei verschiedene Rechte zweier Personen eingegriffen wird. Jeder Geschädigte kann außer der Naturalrestitution nach § 249 BGB auch den Ersatz des gesamten ihm außerdem noch

¹²⁾ Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, II Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II 2 = S. 1019 N. 38

¹³⁾ OLG Hamburg SeuffA 74 Nr. 10 S. 19

¹⁴⁾ OLG Hamburg SeuffA 74 Nr. 10 S. 19

¹⁵⁾ Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 101 f.

¹⁶⁾ v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationsrechts, Halbbd. 1/2, 1924/25 S. 345, 654

¹⁷⁾ Siehe oben S. 10

¹⁸⁾ Art. 43 OR enthält keine lediglich dem Schweizer Recht eigene Regelung. Er räumt dem Richter nur die Freiheit ein, „Art und Größe des Ersatzes“ zu bestimmen und entspricht somit § 287 ZPO

entstandenen Schadens geltend machen. Hierher würde für den Nießbraucher ein etwaiger Zinsverlust gehören sowie die Aufwendungen, die er für den Erwerb oder die Miete eines Ersatzobjektes nach Zerstörung oder Beschädigung der mit seinem Nießbrauch belasteten Sache bestreiten müßte.

6. Das Dauerwohnrecht und verwandte Rechte

Das Dauerwohnrecht ist nach § 31 WEG ein dingliches Nutzungsrecht an einem fremden Grundstück und unterscheidet sich dadurch von der Miete, der nur schuldrechtliche Wirkungen zukommen. Seiner rechtlichen Natur nach ist es eine Dienstbarkeit und seiner wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend eine Art verdinglichter Miete. Der Berechtigte ist auf beschränkte oder unbeschränkte Zeit zur ausschließlichen Nutzung einer bestimmten, in sich abgeschlossenen Wohnung berechtigt. Das Dauerwohnrecht ist nach § 33 Abs. 1 S. 1 WEG veräußerlich und vererblich. Als dingliches Recht ist es ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzbar ist das Dauerwohnrecht durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks und jeden außenstehenden Dritten. Eine solche Verletzung liegt immer dann vor, wenn der Berechtigte an der Benutzung der Wohnung, welche Gegenstand des Dauerwohnrechts ist, gehindert wird oder wenn an dieser Wohnung irgendwelche Beschädigungen schuldhaft hervorgerufen werden.

Die ältere Gestalt des Wohnrechts ist das Wohnrecht nach § 1093 BGB. Es ist das den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bildende Recht, ein Gebäude ganz oder teilweise unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Dieses dingliche Recht genießt bei Verletzung durch den Eigentümer oder einen Dritten ebenfalls den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB.

Kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist das Wohnungseigentum nach § 1 WEG, denn dabei handelt es sich um das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Daher ist es als Eigentum durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt und nicht als sonstiges Recht.

§ 6. Dingliches Vorkaufsrecht und Reallasten

I. Das dingliche Vorkaufsrecht

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 19; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1950 § 40 IV c = S. 290; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa) zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Das Wesen des Vorkaufsrechts

Das dingliche Vorkaufsrecht ist nach § 1094 Abs. 1 BGB eine Grundstücksbelastung des Inhalts, daß der Berechtigte dem Grundstückseigentümer gegenüber zum Vorkauf berechtigt ist. Dem Vorkaufsverpflichteten gegenüber hat das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 1098 Abs. 1 BGB die gleichen Wirkungen wie ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht. Die Ausübung des Vorkaufsrechts bewirkt also nach §§ 504 bis 514 BGB den Abschluß eines Kaufvertrages über das Grundstück zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, und zwar zu denselben Bedingungen, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hatte. Der Verpflichtete muß demgemäß das Grundstück an den Berechtigten auflassen.

Dritten gegenüber hat das dingliche Vorkaufrecht nach § 1098 Abs. 2 BGB die dingliche Wirkung einer Vormerkung des Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks. Der Rechtserwerb des Käufers und seiner etwaigen Rechtsnachfolger ist wegen der Dinglichkeit des Vorkaufsrechts gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, der sein Recht ausübt, unwirksam. Der Vorkaufsberechtigte kann daher von dem Käufer, der bereits als Eigentümer eingetragen ist, oder von dessen Rechtsnachfolger die Zustimmung dazu verlangen, daß der Vorkaufsberechtigte als Eigentümer eingetragen wird. Das dingliche Vorkaufsrecht ist also auf jeden Fall absoluter Natur. Im Gegensatz zum obligatorischen Vorkaufsrecht, das nur gegen den Verpflichteten Wirkung hat, ist hier der Erwerb des Grundstücks gegen jeden Eigentümer sichergestellt. Infolgedessen ist das dingliche Vorkaufsrecht auf jeden Fall ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

2. Die Verletzung des Vorkaufsrechts durch den Eigentümer

Wenn der Berechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, bedeutet das noch nicht, daß er damit von selbst Eigentümer des belasteten Grundstücks wird. Vielmehr kann der Eigentümer dem Käufer durchaus das Eigentum an dem betreffenden Grundstück übertragen. Durch diese Eigentumsübertragung wird der Vorkaufsberechtigte von dem Grundstückseigentümer in seinem Vorkaufsrecht verletzt. Diese Rechtsverletzung fällt jedoch nicht unter § 823 Abs. 1 BGB, da der Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten speziell geregelt ist. Anspruchgrundlage für eine Schadensersatzklage gegenüber dem Eigentümer wären §§ 325, 326 BGB, die über §§ 1098 Abs. 2, 504 ff. BGB zur Anwendung kommen. Für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist daher wegen der speziellen Regelung dieses Rechtsverhältnisses im BGB kein Raum mehr¹⁾.

¹⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 1950 § 40 IV c = S. 290

3. Die Verletzung des Vorkaufsrechts durch den Käufer

Verletzbar ist das Vorkaufsrecht außer durch den Eigentümer von dritter Seite nur durch den Käufer des Grundstücks. Dieser kann von dem Vorkaufsberechtigten gemäß § 888 BGB auf Zustimmung zur Eintragung als Eigentümer verklagt werden. Außerdem kann der Inhaber des Vorkaufsrechts, sofern ihm durch den Eingriff des Käufers ein Schaden entstanden ist, diesen nach § 823 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen, da der Käufer durch seine Eintragung im Grundbuch das Vorkaufsrecht des Berechtigten verletzt hat.

4. Gesetzliche Vor- und Wiederkaufsrechte

Praktische Bedeutung erlangt die Tatsache, daß das Vorkaufsrecht zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehört, besonders in den Fällen, in denen ein gesetzliches Vor- oder Wiederkaufsrecht besteht. So kennt das Reichs-siedlungsgesetz in Verbindung mit der Verordnung vom 15. 4. 1937²⁾ ein gesetzliches Vorkaufsrecht zugunsten gemeinnütziger Siedlungsunternehmen und Land-lieferungsverbände. Ferner enthält § 11 RHeimstG ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten des Reiches bzw. Bundes, der Länder, Gemeinden und Gemeindever-bände als Ausgeber von Reichsheimstätten³⁾.

Das dingliche Wiederkaufsrecht, das dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt ist, findet sich in §§ 20 ff. RSiedlG. Von ähnlicher Rechtsnatur ist der dingliche Heim-fallanspruch des Ausgebers gemäß § 12 RHeimstG, wonach er verlangen kann, daß ihm die Heimstätte wieder übertragen wird, wenn der Heimstätter kein deutscher Staatsbürger ist oder er die Heimstätte nicht dauernd selbst bewohnt oder bewirt-schaftet oder wenn er grobe Mißwirtschaft treibt. In allen diesen Fällen haben das gesetzliche Vor- und Wiederkaufsrecht sowie der dingliche Heimfallanspruch die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung der Rechte entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Sofern trotz Ausübung dieser genannten Rechte durch den Berechtigten ein Dritter entgegen der Vor-schrift⁴⁾ des § 11 Abs. 3 RHeimstG als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, hat der Berechtigte gegen den Käufer einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines sonstigen Rechts.

5. Das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht

Larenz⁵⁾ zählt das Vorkaufsrecht zu den Gestaltungsrechten, die die Befugnis gewähren, ein Rechtsverhältnis zu begründen. In ein solches Recht könnten Dritte nicht wirksam eingreifen, so daß auch kein Bedürfnis bestehe, sie unter die son-stigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB einzureihen. Offensichtlich meint aber Larenz, wie auch aus der gleichzeitigen Nennung von Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht⁶⁾ hervorgeht, nur das obligatorische Vorkaufsrecht, zumal auch in der Fußnote auf die Behandlung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts verwiesen wird und nicht auf das dingliche Vorkaufsrecht. Aufgabe des dinglichen Vorkaufsrechts ist es gerade, den Erwerb des Grundstücks durch den Vorkaufsberechtigten gegenüber jedem Dritten sicherzustellen. Das obligatorische Vorkaufsrecht ist aber hier nicht zu be-handeln⁷⁾.

²⁾ RGBl. 1937 S. 587

³⁾ Vgl. § 1 RHeimstG

⁴⁾ Nach § 11 Abs. 3 RHeimstG soll das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumsübergangs so lange aussetzen, bis ihm die Nichtausübung des Vorkaufsrechts nachgewiesen ist.

⁵⁾ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a N. 3 = S. 351

⁶⁾ Ein dingliches Wiederkaufsrecht kennt das BGB nicht.

⁷⁾ Siehe oben S. 16

II. Die Reallasten

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 19; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa) zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Die Rechtsnatur der Reallast

Eine Reallast ist nach § 1105 Abs. 1 BGB die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. Gemäß Art. 85 Abs. 1 BayAGBGB kann als Reallast außer dem Recht auf Leistungen, die zu einer Leibrente, insbesondere zu einem Leibgedinge gehören, nur das Recht auf die regelmäßig wiederkehrende Leistung von fest bestimmten Geldbeträgen oder fest bestimmten Mengen von Bodenerzeugnissen oder fest bestimmten Mengen elektrischer Arbeit bestellt werden. Die Reallast gewährt dem Berechtigten ein doppeltes dingliches Recht, nämlich das Recht auf diese wiederkehrenden Leistungen aus dem Grundstück und das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Als dingliches Recht ist die Reallast auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, so daß der Berechtigte bei Verletzung einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung hat.

2. Die Verletzung der Reallast

Verletzt wird die Reallast jedesmal dann, wenn die Gewährung der wiederkehrenden Leistung aus dem Grundstück unterbunden wird, insbesondere ein Dritter den Eigentümer des belasteten Grundstücks an der Leistung hindert. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht mit der Frage der Verletzung der Reallast durch den Eigentümer oder einen Dritten zu befassen gehabt. Denkbar wären etwa folgende Fälle: Bei der Reallast mit dem Recht auf Lieferung von elektrischem Strom werden die Zuführungsleitungen abgeschnitten; bei dem Recht auf Naturalleistungen aus dem Grundstück wird entgegen den Regeln der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines Landgutes dieses in der Absicht, den Berechtigten zu schädigen, derart heruntergewirtschaftet, daß der Reallastgläubiger mit seinem Recht ausfällt.

3. Das Abfindungsrecht für abgelöste Reallasten

Durch Staatsakt wurden besonders im ehemaligen preußischen Gebiet zahlreiche Reallasten im Interesse der Landeskultur abgelöst. Nach dem preußischen Ablösungsgesetz vom 2. 3. 1850 wurden gewisse Reallasten als völlig veraltet ohne Entschädigung aufgehoben, so insbesondere die aus guts-, grund- oder gerichtsherrlichen Verhältnissen fließenden Reallasten sowie die Jagd-, Wach- und Gesindefronden. Alle anderen privatrechtlichen Reallasten wurden mit Ausnahme der unständigen, vor allem der auf Lebenszeit bestellten, gemäß §§ 6 ff. preuß. AblG ablösbar⁸⁾. Die Ablösung geschah in der Weise, daß an die Stelle der Reallast eine Kapitalentschädigung trat, die regelmäßig das 18 fache des Jahreswertes der Reallast ausmachte. Auch dieses Abfindungsrecht⁹⁾ für abgelöste Reallasten ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, da es lediglich der Ersatz für die Reallast ist. Der Gläubiger darf nicht schlechter gestellt sein als vorher.

⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 128 V 2 = S. 516

⁹⁾ Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB unter Berufung auf Posen PosMSchr 13, 134

Um dem Grundeigentümer die Bezahlung dieser Abfindung zu erleichtern, wurde vom Staat mit Hilfe von Rentenbanken eine allmähliche Tilgung dieser Beträge zugelassen ¹⁰⁾. Der Reallastberechtigte erhielt dann Inhaberschuldverschreibungen im Nennwert des 20 fachen Betrages der Ablösungsrente, so daß der Schuldner und Grundeigentümer von da an die alte Reallast nicht mehr dem Reallastgläubiger, sondern als Rentenbankrente an die Rentenbank zu entrichten hatte. Auch diese Rentenbankrente ist Reallast ¹¹⁾. Daher ist sie auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁾ Gesetz über die Einrichtung von Rentenbanken vom 2. 3. 1850

¹¹⁾ Wolf-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 128 V 2 = S. 516

§ 7. Die Grundpfandrechte

Ein Grundpfandrecht kann als Hypothek, Grund- oder Rentenschuld bestellt werden. Ihre wirtschaftliche Bedeutung ist sehr groß. Sämtliche Grundpfandrechte haben das gemeinsame, daß der Gläubiger bzw. bei Eigentümpfandreden der Grundstückseigentümer die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück beanspruchen kann. Ferner sind sämtliche Grundpfandrechte kapitalistisch ausgestaltet, sie können also nur für eine Geldschuld bestellt werden und sind frei übertragbar. Ein Grundpfandrecht kann jederzeit in ein Grundpfandrecht anderer Art umgewandelt werden. Als dingliche Rechte sind die Grundpfandrechte sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung hat sich besonders im Falle der Verletzung des Hypothekenrechts eine umfangreiche Judikatur herausgebildet.

I. Die Hypothek

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

RG Gruch 48, 380 (382); RG SeuffA 60 Nr. 249 S. 480; Josef, Kalt abbrennen, Recht 1905, 41; RG JW 1907, 332 Nr. 10 = SeuffA 64, 453, Nr. 217; RG SeuffA 64, 336 Nr. 162 = RG 69, 85 (91); Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Dt. Reichs u. Preußens, Bd. 3 Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 235 N. 1 = S. 784; RG Gruch 53, 1009 (1012) Nr. 85 = JW 1909, 416; OLG Rostock SeuffA 65, 99 Nr. 48; RG 73, 333; OLG Rostock 26, 150 = Recht 1910 Nr. 2821; RG Gruch 55, 664, Nr. 40 = WarnRspr. 1910 Nr. 403 S. 417 = Recht 1911 Nr. 69; OLG Naumburg 26, 150; OLG Braunschweig 26, 150; RG Gruch 55, 974 Nr. 75 = WarnRspr. 1911 Nr. 268 S. 305 = ZBIFG 12, 199 Nr. 211; OLG Nürnberg 29, 358; RG WarnRspr. 1914 Nr. 287 S. 410; RG WarnRspr. 1915 Nr. 52 S. 70; RG WarnRspr. 1915 Nr. 118 S. 165 (168); OLG München 32, 389; RG Recht 1916 Nr. 1295; RG Recht 1917 Nr. 198 = WarnRspr. 1917 Nr. 17 S. 25; OLG Marienwerder LZ 1918, 1290; OLG Hamburg LZ 1919, 1149 = SeuffA 75, 235 Nr. 133; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 20; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A e zu § 823 BGB; OLG Kiel JW 1933, 634; OLG Köln JW 1933, 634 (635); Fischer-Henle-Titze, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; RG SeuffA 88, 110 Nr. 55; Staudinger-Kober, 10. Aufl. 1936 Anm. V Rn. 13 zu § 1121; Anm. 3 zu § 1134; Anm. 3 zu § 1135 BGB; Warneyer-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 Anm. A IV zu § 823 BGB; Loewenwarter-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB; Rosenthal, 14. Aufl. 1953 Anh. 1 B II zu § 823 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1953 Anm. 9 zu § 823 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 2 zu § 1121; Anm. 5 zu § 1122; Anm. 3 zu § 1134; Anm. 1 zu § 1135 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1955 Anm. 2 zu § 1134 BGB; Westermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1956 S. 460/464; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957 § 135 N. 12 = S. 549; § 138 II = S. 569; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 b = S. 939; Erman, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c zu § 823 BGB; Anm. 3 zu § 1134 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823; Anm. 1 zu § 1134; Anm. 3 zu § 1135 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 2 zu § 1134; Anm. 1 zu § 1135 BGB.

1. Die Rechtsnatur der Hypothek

Die Hypothek ist gemäß § 1113 Abs. 1 BGB eine Grundstücksbelastung in der Weise, daß an den Berechtigten, den Hypothekengläubiger, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. Das belastete Grundstück haftet bei der Hypothek dinglich für die gesicherte Forderung, und zwar in der Weise, daß der Eigentümer die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu dulden hat (§ 1147 BGB). Von der dinglichen Haftung

werden das belastete Grundstück sowie die getrennten Erzeugnisse (Sachfrüchte) und sonstigen Bestandteile, das Grundstückszubehör, die Miet- und Pachtzinsforderungen sowie Versicherungsforderungen mit umfaßt.

Gemäß § 1120 BGB erstreckt sich die Hypothek auf das Grundstückszubehör und bleibt an den Erzeugnissen und Bestandteilen des Grundstücks auch nach der Trennung bestehen. Die genannten Sachen werden nach § 1121 Abs. 1 BGB von der Haftung frei, wenn sie vor der Beschlagnahme des Grundstücks veräußert und von dem Grundstück entfernt worden sind. Ebenso werden die genannten Sachen gemäß § 1122 BGB von der Haftung für die Hypothek frei, wenn sie auf andere Weise als durch Veräußerung im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme von ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Grundstück gelöst werden.

2. Der dingliche Schutz des Hypothekengläubigers

Wenn infolge einer Verschlechterung des Grundstücks oder infolge einer Verschlechterung oder unwirtschaftlichen Veräußerung von Zubehörstücken die Sicherheit der Hypothek gefährdet ist, wird der Hypothekengläubiger durch die Vorschriften der §§ 1133, 1135 BGB geschützt. Er kann dem Grundstückseigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung setzen und dabei insbesondere die Verbesserung des Grundstücks, etwa durch den Wiederaufbau eines abgebrannten Gebäudes oder durch Wiederbeschaffung der veräußerten Inventarstücke, verlangen. Bei fruchtlosem Ablauf der Frist steht dem Gläubiger die Devastationsklage zu, auch wenn den Grundstückseigentümer kein Verschulden trifft.

Wenn durch Einwirkungen, die von dem Eigentümer oder einem Dritten ausgehen, eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks oder der Zubehörstücke zu befürchten ist, bemessen sich die Rechte des Hypothekengläubigers nach den Vorschriften der §§ 1134, 1135 BGB. Er kann auf Unterlassung klagen. Ferner kann der Hypothekengläubiger gerichtliche Maßregeln zur Abwendung der Gefährdung beantragen, wenn die Einwirkung von dem Eigentümer ausgeht oder der Eigentümer gegen Einwirkungen Dritter oder andere Beschädigungen nicht vorgeht.

3. Die Verletzung der Hypothek als unerlaubte Handlung

Da die Hypothek als beschränktes dingliches Recht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, kann der Hypothekengläubiger bei der Verletzung seines Rechts auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen. Voraussetzung für diesen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist jedoch, daß der Schädiger widerrechtlich und schuldhaft gehandelt hat. Verletzbar ist die Hypothek durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks und jeden außenstehenden Dritten. Die beiden Hauptfälle eines verletzenden Eingriffs in das Hypothekenrecht sind die Entfernung von Zubehör des Pfandgrundstücks sowie die Wegnahme wesentlicher Bestandteile des Grundstücks.

4. Die Wegnahme wesentlicher Bestandteile

Sehr häufig wird die Hypothek durch die Wegschaffung wesentlicher Bestandteile dann verletzt, wenn ein Bauhandwerker Bauteile, die er in ein Gebäude eingefügt hat, bei Nichtbezahlung durch den Eigentümer wieder wegnimmt. Denn die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen sind ebenso wie das Gebäude selbst und die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile des betreffenden Grundstücks (§ 94 BGB). Ein Bauhandwerker, der wesentliche Bestandteile wegschafft, kann sich auch nicht auf einen etwa mit dem

Grundstückseigentümer vereinbarten Eigentumsvorbehalt berufen, da diese Gegenstände trotz des Eigentumsvorbehalts nach §§ 93, 946 BGB Eigentum des Grundstückseigentümers geworden sind. Sie unterliegen daher der Haftung für die Hypothek¹⁾. Derjenige, der deshalb wesentliche Bestandteile von dem belasteten Grundstück wegschafft, ist dem Hypothekengläubiger nach § 823 Abs. 1 BGB ersatzpflichtig. Denn das Herausreißen wesentlicher Bestandteile aus dem Grundstück und deren Wegschaffung ist eine den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwiderlaufende Maßnahme, die die Sicherheit der Hypothek gefährdet. Obwohl der Eigentümer im Interesse seiner Wirtschaftsführung nach § 1121 BGB berechtigt ist, bis zur Beschlagnahme einzelne Bestandteile der Haftung für die Hypothek zu entziehen, darf er aber nicht, wie sich aus §§ 1134, 1135 BGB ergibt, widerrechtlich und schuldhaft das Hypothekenrecht verletzen. Ein solcher Eingriff ist jedesmal dann widerrechtlich, wenn durch die Entfernung der Bestandteile der wirtschaftliche Bestand des Grundstücks ganz oder teilweise zerstört wird. Es handelt sich dabei also um die Fälle, in denen die Entfernung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuwiderläuft²⁾. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um Bestandteile eines fertigen oder um solche eines erst im Bau begriffenen Gebäudes handelt. Insbesondere können auch unfertige Sachen zum wesentlichen Bestandteil eines Gebäudes gemacht werden³⁾.

In der Rechtsprechung wurden bisher folgende Fälle entschieden, in denen Bauhandwerker eingebaute Materialien nachträglich entfernt haben und sich dadurch schadensersatzpflichtig machten: eingebaute Fensterflügel⁴⁾, Türen⁵⁾, Ofen und Kochmaschinen⁶⁾, Heizungsanlage⁷⁾.

Verletzt wird das Hypothekenrecht durch die Wegnahme der wesentlichen Bestandteile, wenn das belastete Grundstück infolge der Entfernung von Bestandteilen nicht mehr den zu seiner Sicherheit erforderlichen Wert hat. Ein Schaden entsteht dem Hypothekengläubiger nur durch den Ausfall der Hypothek. Sowohl der Eigentümer als auch ein Dritter können sich durch die Wegschaffung der Bestandteile nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig machen, da sie durch das Herausreißen gefährdend in die Hypothek eingreifen.

Dabei kann sich ein Dritter nicht darauf berufen, daß der Eigentümer in die Wegnahme der Bestandteile eingewilligt habe. Denn eine etwaige Einwilligung des Eigentümers wäre widerrechtlich und kann dem Hypothekengläubiger gegenüber keine Berechtigung zur Wegnahme begründen⁸⁾. Auch wenn die Wegschaffung dem Eigentümer gegenüber berechtigt sein mag, ist sie dem Hypothekengläubiger gegenüber widerrechtlich⁹⁾.

Die Schadensersatzpflicht des Dritten entfällt nur ausnahmsweise, wenn er sich über seine Befugnis zur Wegnahme in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hat. Der Schädiger muß schuldhaft handeln, also entweder vorsätzlich oder fahrlässig. Vorsätzlich handelt er, wenn er das Bewußtsein hat, daß er die Hypothek verletzt und weiß, daß der weggenommene Gegenstand bisher dem Hypothekengläubiger haftete und die Sicherheit der Hypothek durch die Entziehung der Sachen aus der Haftung und deren Entfernung verringert wird¹⁰⁾. Fahrlässig handelt der

¹⁾ RG 73, 333 (335)

²⁾ Staudinger-Kober, 10. Aufl. 1936 Anm. V zu § 1121 BGB; RG Gruch 55, 664

³⁾ OLG Nürnberg 29, 358; RG Recht 1911 Nr. 69

⁴⁾ RG Recht 1911 Nr. 69 = WarnRspr. 1910 Nr. 403

⁵⁾ OLG Braunschweig 26, 150

⁶⁾ RG 73, 333

⁷⁾ OLG Rostock SeuffA 65, 99 Nr. 48

⁸⁾ RG 73, 333 (335)

⁹⁾ RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 1 zu § 1135 BGB

¹⁰⁾ OLG Rostock SeuffA 65, 99 Nr. 48

Schädiger, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß eine Verletzung der Hypothek eintreten werde. Sobald der Schädiger merkt, daß er zum Nachteil des Hypothekengläubigers handelt, liegt also stets Verschulden vor.

Wenn sich der Bauhandwerker auf Grund eines etwa vereinbarten Eigentumsvorbehalts für berechtigt hält, die Bestandteile wegzuschaffen, befindet er sich in einem Rechtsirrtum. Ein solcher Rechtsirrtum kann, wenn er entschuldbar ist, das Verschulden ausschließen. Entschuldbar ist aber der Rechtsirrtum gemäß § 276 BGB nur dann, wenn der Verletzende bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine beschädigende Handlung sei erlaubt¹¹⁾. Der Bauhandwerker, der trotz des Eigentumsvorbehalts wesentliche Bestandteile herausreißt und wegschafft, handelt also fahrlässig, weil er sich in dem Rechtsirrtum nicht befinden haben würde, wenn er durch gründliche Erkundigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätte. Daß die Hypothek durch ein solches Herausreißen wesentlicher Bestandteile, welches einer ordnungsmäßigen Wirtschaft scharf widerspricht, erheblich gefährdet wird, muß jeder Dritte bei pflichtgemäßer Überlegung ohne weiteres erkennen¹²⁾.

Ausnahmsweise befindet sich der Schädiger dann nicht in einem unentschuld-baren Rechtsirrtum, wenn er von seinem Prozeßbevollmächtigten die Auskunft erhalten hat, daß er wegen des Eigentumsvorbehalts noch Eigentümer der Bestandteile sei. In diesem Fall ist der Rechtsirrtum auf Grund der Rechtsbelehrung entschuldbar¹³⁾.

Diese Verletzung der Hypothek durch die Wegnahme wesentlicher Bestandteile verursacht in der Regel adäquat kausal den eingetretenen Schaden, da der Eintritt nachteiliger Folgen der Lebenserfahrung entspricht und derjenige, der wesentliche Bestandteile aus einem Grundstück entfernt, damit rechnen muß, daß dadurch für den Hypothekengläubiger ein Schaden entsteht¹⁴⁾.

5. Die Entfernung von Zubehör

Ebenso wie das Hypothekenrecht durch das Wegschaffen eingebauter Materialien und Baustoffe verletzt wird, wird es auch durch die Entfernung von Grundstückszubehör verletzt, da die Zubehörstücke nach § 1120 BGB für die Hypothek haften. Wenn aber das Pfandgrundstück durch das Fortschaffen von Fahrnis ausgeplündert wird, sinkt die Sicherheit für die Hypothek.

Zubehör sind bewegliche Sachen, die, ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Die vorübergehende Trennung eines Zubehörstücks von der Hauptsache hebt die Zubehöreeigenschaft nicht auf (§ 97 BGB). Kraft zwingender Vorschrift des § 98 BGB sind als den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt anzusehen:

- a) Die zum Betrieb bestimmten Maschinen, soweit sie nicht wesentliche Bestandteile sind, und die sonstigen Gerätschaften bei einem Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist.
- b) Das Gutsinventar, d. h. das zum Wirtschaftsbetrieb bestimmte Vieh und Gerät, sowie die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Erzeugnisse bei einem Landgut.

¹¹⁾ RG 73, 333

¹²⁾ OLG Hamburg LZ 1919, 1149 = SeuffA 75, 235 Nr. 135

¹³⁾ OLG Braunschweig 26, 150

¹⁴⁾ OLG Rostock SeuffA 65, 99 Nr. 48

Die Entfernung von Maschinen und Gutszubehör sind die beiden Hauptanwendungsfälle der Verletzung des dinglichen Hypothekenrechts durch die Wegschaffung von Grundstückszubehör. So macht sich der Grundstückseigentümer nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig, wenn er zum Beispiel einen zu einem Mühlenbetrieb gehörenden Motor¹⁵⁾ veräußert. Die gleiche Schadensersatzpflicht trifft jeden außenstehenden Dritten, der bei dem Vorgang beteiligt ist, insbesondere den Käufer.

Zahlreich sind in der Rechtsprechung die Fälle, bei denen das Hypothekenrecht durch das Veräußern oder Beiseiteschaffen von Gutserzeugnissen oder sonstigen Zubehörstücken verletzt wird¹⁶⁾. Obwohl der Grundstückseigentümer gerade im landwirtschaftlichen Betrieb berechtigt ist, einzelne Zubehörstücke durch Veräußerung der Pfandhaftung für die Hypothek zu entziehen, handelt er aber widerrechtlich und macht sich damit schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 BGB, wenn er die Veräußerung arglistig zu dem Zweck vornimmt, dem Hypothekengläubiger die Ausübung seines Hypothekenrechts zu erschweren oder zu vereiteln. Das ist jedesmal dann der Fall, wenn der Schuldner vor Einleitung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in der Absicht, soviel zu retten, wie noch zu retten ist, nahezu die gesamten Gutserzeugnisse und Zubehörstücke veräußert¹⁷⁾. Darin liegt ein planmäßiges Vorgehen zum Schaden der Hypothekengläubiger, da die Befugnis des Grundstückseigentümers nicht weiter reicht als das Bedürfnis eines wirtschaftlichen Betriebes.

Dieser Vorgang, daß die Sicherheit der Hypothek durch unwirtschaftliche Entfernung maschineller Gegenstände, die zur Fortsetzung eines auf dem Grundstück befindlichen Gewerbebetriebes notwendig sind, oder toten und lebenden Inventars eines Landgutes beeinträchtigt wird, wird als sogenanntes „kaltes Abbrennen“ bezeichnet¹⁸⁾.

Die von der Hypothek ergriffenen Sachen bilden eine einheitliche Vermögensmasse, auf deren Erhaltung in ihrem wirtschaftlichen Bestand der Hypothekengläubiger einen Anspruch hat. Durch §§ 1134, 1135 BGB sind unbewegliche Pfandgegenstände und deren Zubehör gegen Verschlechterung oder Verschleppung durch den Eigentümer und Dritte geschützt. Wer in Kenntnis oder sicherer Vermutung gefährdeter Hypotheken durch erhebliche eigene Ankäufe von Gutsfrüchten oder Zubehör und durch Ratserteilung an Dritte zur gänzlichen Entfernung von Früchten und Einrichtungsgegenständen beiträgt, haftet ebenso wie der Eigentümer auf Schadensersatz. Daß Hypotheken durch die einer ordnungsmäßigen Wirtschaft scharf widersprechende Wegnahme von Zubehör auf das schwerste gefährdet werden, muß jedermann bei pflichtgemäßer Überlegung ohne weiteres erkennen¹⁹⁾. Nicht nur Händler, die Grundstückszubehör erwerben, machen sich einer unerlaubten Handlung schuldig, die den Wert des Pfandgrundstücks mindert und zum Ausfall der Hypothek führen kann, sondern auch die mit der Sachlage vertrauten Nachbarn, welche Grundstückszubehör verstecken oder geschenkt bekommen²⁰⁾.

Ausnahmsweise wird die Zubehöreigenschaft dann aufgehoben, wenn gleichzeitig mit der Veräußerung ein entsprechender Ersatz auf das Grundstück gelangt.

¹⁵⁾ RG Gruch. 55, 974 Nr. 75 = WarnRspr. 1911 Nr. 268 S. 305 = ZBIFG 12, 199 Nr. 211. Wegnahme von Fabrikinventar; OLG Hamburg LZ 1919, 1149

¹⁶⁾ OLG Rostock Recht 1910 Nr. 2821; OLG Marienwerder LZ 1918, 1290; RG JW 1907, 332 Nr. 10 = SeuffA 64, 453 Nr. 217; RG Gruch. 53, 1009 Nr. 85 = JW 1909, 416; RG Recht 1917 Nr. 198; RG SeuffA 88, 110

¹⁷⁾ RG JW 1907, 332

¹⁸⁾ Josef, Kalt abbrennen, Recht 1905, 41; RG SeuffA .88, 110; Staudinger-Kober, Rn 13 zu § 1121 BGB

¹⁹⁾ OLG Hamburg LZ 1919, 1149 = SeuffA 75, 235; RG JW 1909, 416

²⁰⁾ Josef, Kalt abbrennen, Recht 1905, 41

Durch jede ersatzlose Entfernung von Zubehörstücken, insbesondere auch von Vieh, wird das Hypothekenrecht verletzt, da für das Grundstück bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung in der Regel ein höherer Preis erzielt wird. Auch bei einem nicht ausgesprochen landwirtschaftlichen Grundstück, wie es bei einer Mühle der Fall ist, kann aber Vieh insoweit Zubehör sein, als es im wirtschaftlichen Betrieb zur nutzbringenden Verwertung des auf dem Grundstück gewonnenen Futters und der Abfälle gehalten wird²¹⁾).

Auch im Wege der Zwangsvollstreckung kann durch Entfernung und anderweitige Veräußerung von Zubehörstücken das Hypothekenrecht verletzt werden²²⁾. Gemäß § 20 Abs. 1 ZVG gilt der Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet wird, zu Gunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks. Die Beschlagnahme umfaßt auch diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt (§ 20 Abs. 2 ZVG), und damit auch das Zubehör. Ein Dritter darf die von der Beschlagnahme ergriffenen Zubehörstücke der Versteigerung nicht entziehen, und zwar auch nicht auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten oder eines rechtskräftigen Urteils auf Herausgabe eines bestimmten Zubehörstücks²³⁾. Dadurch verletzt er das Recht des Hypothekengläubigers und macht sich gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig²⁴⁾. Denn nach § 23 Abs. 1 S. 1 ZVG hat die Beschlagnahme die Wirkung eines Veräußerungsverbots, sofern nicht der Fall einer Verfügung des Schuldners innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vorliegt (§ 23 Abs. 1 S. 2 ZVG). Eine gegen dieses Verbot verstößende Verfügung ist den Hypothekengläubigern gegenüber, zu deren Schutz es bestimmt ist, unwirksam. Da nach § 135 Abs. 1 S. 2 BGB der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, wie die Wegnahme des Zubehörstücks gemäß § 897 Abs. 1 ZPO, hat der Dritte gemäß §§ 135 BGB, 23 ZVG kein Eigentum erlangt, weil seine Handlung dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist. Der Hypothekengläubiger kann also in diesem Fall die Zurückschaffung des Zubehörstücks auf das belastete Grundstück verlangen. Sofern aber der Dritte das Zubehörstück an einen Käufer nach Entfernung von dem Grundstück weiterveräußert hat, erlangt dieser gemäß § 932 BGB gutgläubig unbelastetes Eigentum daran. Infolgedessen ist die Beschlagnahme zur Zeit der Versteigerung nicht mehr wirksam, da ein dritter Käufer bereits vor dem Versteigerungstermin das Eigentum an dem nicht mehr auf dem Grundstück befindlichen Zubehörstück erworben hat, so daß sich die Beschlagnahme nicht mehr auf diesen Gegenstand erstreckte²⁵⁾. Aus diesem Grund können die Hypothekengläubiger von dem Käufer nicht die Zurückschaffung des Zubehörstücks auf das Grundstück verlangen. Für den Hypothekengläubiger, der das Grundstück erstanden hat, entfällt ein derartiger Anspruch außerdem auch deshalb, weil er durch den Zuschlag das Eigentum an dem Zubehörstück nicht erworben hat, da die Beschlagnahme insoweit zur Zeit der Versteigerung des Grundstücks nicht mehr wirksam war. Wegen der Verletzung seines Hypothekenrechts steht dem Berechtigten hingegen ein Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zu, der durch die Vornahme der Zwangsvollstreckung ein Zu-

²¹⁾ Schweinehaltung: OLG Rostock 16, 150

²²⁾ RG Gruch. 55, 974 Nr. 75 = WarnRspr. 1911 Nr. 268

²³⁾ RG Gruch. 55, 974 Nr. 75 = WarnRspr. 1911, 305 Nr. 268 = ZBIFG 12, 199 Nr. 211.

²⁴⁾ In der o. e. Entscheidung hatte der Beklagte dem Grundstückseigentümer einen Motor für seinen Mühlenbetrieb verkauft. Mangels Zahlung trat er vom Vertrag zurück und erlangte ein Urteil auf Herausgabe. Im Wege der Zwangsvollstreckung wurde der Motor vom Gerichtsvollzieher entfernt und vom Beklagten anderweitig verkauft, nachdem 4 Wochen vorher auf Antrag eines Hypothekengläubigers die Zwangsvollstreckung eingeleitet worden war, wie der Beklagte wußte.

²⁵⁾ Jaekel-Gütke, 7. Aufl. 1937 Anm. II zu § 55 ZVG; Wilhelmi-Vogel, 4. Aufl. 1956 Anm. 1 zu § 55 ZVG.

behörstück von dem Pfandgrundstück entfernt und dadurch unter Umständen den Ausfall der Hypothek verursacht hat.

Da also durch die Beschlagnahme des Grundstücks zu Gunsten des Gläubigers das Verfügungsrecht des Eigentümers beschränkt ist, werden durch jede nach diesem Zeitpunkt erfolgende Entfernung von Zubehörstücken sowohl der Eigentümer als auch seine Teilnehmer nach § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet, dem Gläubiger für allen ihm daraus entstandenen Schaden aufzukommen²⁶⁾.

Ein Rechtsirrtum kann den Verpflichteten, sofern er sich die Kenntnis der Beschlagnahme entgegenhalten lassen muß, nur dann entschuldigen, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) angewandt hat, er also etwa ohne Fahrlässigkeit nicht wußte, daß mit der Beschlagnahme die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil unzulässig wurde. Der Dritte ist verpflichtet, Rechtsrat einzuholen, und beobachtet nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn er zur Zwangsvollstreckung schreitet, ohne sich vorher rechtlich zu erkundigen²⁷⁾. Durch die Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher die unzulässige Zwangsvollstreckung ausführte, wird das Verschulden des Dritten und damit der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB nicht beseitigt²⁸⁾. Denn nach den Verfahrensvorschriften der ZPO hat bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung in der Regel nur eine oberflächliche Prüfung zu erfolgen. Alle beweglichen Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, unterliegen der Pfändung, so daß sich der Gläubiger nicht als Entschuldigung darauf berufen kann, daß der Gerichtsvollzieher im Wege der Zwangsvollstreckung die Wegnahme des Zubehörstücks vorgenommen hat.

6. Die Verletzung der Hypothek durch den Konkursverwalter

Nach § 6 KO geht mit der Eröffnung des Konkurses das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Eigentümers auf den Konkursverwalter über. Daher kann dieser auch gemäß § 1121 BGB die Zubehörstücke, solange sie noch nicht für die Hypothekengläubiger in Beschlag genommen sind, von der Haftung für die Hypothek freimachen²⁹⁾. Dieses Recht hat seine Schranke in dem Gebot ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung. In der Hand des Konkursverwalters gewinnt das Recht aus § 1121 BGB jedoch eine andere Bedeutung, da für den Eigentümer der wirtschaftliche Kampf mit der Eröffnung des Konkursverfahrens zu Ende ist. Die Pflicht des Konkursverwalters erschöpft sich dann in einer ordnungsmäßigen Verwaltung der Konkursmasse. Zu einer grundlosen Bereicherung der Konkursmasse und Verschlechterung der Hypotheken durch Wegbringung des Zubehörs hat er kein Recht. Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die abgesonderte Befriedigung der Hypothekengläubiger gemäß §§ 4 Abs. 2, 47 KO unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt und deshalb der Konkursverwalter die Rechte der Absonderungsberechtigten nicht von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Denn dadurch wird der Konkursverwalter nicht berechtigt, diese Rechte zu verletzen. Es steht ihm nicht die Berechtigung zu, den Absonderungsberechtigten Werte zu entziehen und der Konkursmasse zuzuwenden, auf die diese kein Recht hat³⁰⁾. Im Falle der Veräußerung von Grundstückszubehör verletzt der Konkursverwalter die Rechte der Hypothekengläubiger ebenso wie der Eigentümer und ist gleich diesem gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig. Sein Recht zur Veräußerung von Grundstückszubehör findet seine Begrenzung in dem Gebot ordnungs-

²⁶⁾ Staudinger-Kober, 10. Aufl. 1936 Anm. 3 zu § 1135 BGB

²⁷⁾ RG 73, 333 (337)

²⁸⁾ RG Gruch. 55, 974 Nr. 75 = WarnRspr. 1911, 305 Nr. 268

²⁹⁾ RG 69, 85 (91/92)

³⁰⁾ RG 69, 85 (92)

mäßiger Wirtschaftsführung. Verfügt der Konkursverwalter entgegen diesem Gebot, indem er Zubehör verschleudert oder die bisherige wirtschaftliche Benutzung des Grundstücks völlig aufgibt, so können sich dadurch geschädigte Hypothekengläubiger an den hinterlegten Erlös halten ³¹⁾.

Hinzu kommt, daß nach § 865 Abs. 2 ZPO die Pfändung von Zubehör unzulässig ist. Der Pfändung steht eine gesonderte Verwertung durch den Konkursverwalter gleich ³²⁾. Infolgedessen ist das Beiseiteschaffen von Zubehörstücken durch den Konkursverwalter auf jeden Fall widerrechtlich. Da diese Handlung eine Verletzung des Hypothekenrechts der Gläubiger darstellt, entsteht für diese ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Da mit der Konkurseröffnung die Befugnis, die Konkursmasse zu verwalten und über sie zu verfügen, gemäß § 6 Abs. 2 KO auf den Konkursverwalter übergegangen ist und die Masse durch die Verfügung des Konkursverwalters vergrößert ist, können sich die Gläubiger unmittelbar an den für die Konkursmasse hinterlegten Erlös halten.

7. Die Verletzung der Hypothek durch öffentlich-rechtlichen Eingriff

Auch für Grundstücke, die im Eigentum der Gemeinde stehen, können Hypotheken eingetragen werden. Im Gegensatz zu den Hypotheken, die auf Privatgrundstücken lasten, besteht für solche Grundstücke noch eine weitere Möglichkeit der Verletzung der auf ihnen lastenden Grundpfandrechte.

So wird die Hypothek auf einem Gemeindegrundstück dadurch verletzt, daß dieses Grundstück in Straßenland verwandelt wird ³³⁾. Denn durch die Widmung des belasteten Grundstücks für den öffentlichen Verkehr wird dieses eine *res extra commercium* ³⁴⁾. Die Widmung macht das Grundstück durch seine Zweckbestimmung nach dem öffentlichen Recht nur beschränkt verkehrsfähig, d. h. das Grundstück bleibt Eigentum der Gemeinde, ist aber insoweit dem Verkehr entzogen, als es der öffentliche Zweck, dem es als Straße dient, erfordert. Somit kann das Grundstück weder veräußert werden, noch unterliegt es der Zwangsversteigerung. Auf diese Weise ist die Hypothek durch die Umwandlung des belasteten Grundstücks in Straßenland und die damit verbundene Widmung wertlos geworden, da der Hauptinhalt dieses Rechts, nämlich die Möglichkeit aus der dinglichen Sicherheit Befriedigung zu finden, beseitigt worden ist. Der Eingriff in das Hypothekenrecht liegt nicht schon in der Aufstellung des Fluchtlinienplans, sondern erst in der tatsächlichen Widmung für den öffentlichen Verkehr.

Die Gemeinde handelt in einem solchen Fall auch schuldhaft, weil die Hypothek aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Sie darf daher eine Hypothek durch die Widmung nicht einfach vernichten, sondern hätte die Pflicht gehabt, den Hypothekengläubiger entweder zu enteignen oder sich gütlich mit ihm zu einigen.

8. Art und Umfang des Schadensersatzanspruches

Nach § 249 S. 1 BGB besteht der Schadensersatz in der Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn die Hypothekenrechtsverletzung nicht eingetreten wäre. Aus diesem Grund kann der Gläubiger im Falle des Herausreißen wesentlicher Bestandteile aus dem belasteten Grundstück in erster Linie die Wiedereinfügung der entsprechenden Bestandteile mit der erforderlichen Ausbesserung verlangen.

³¹⁾ RG HRR 1936 Nr. 669; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 5 zu § 1122 BGB

³²⁾ Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl. 1958 Anm. 4 zu § 865 ZPO

³³⁾ OLG Frankfurt 28, 248

³⁴⁾ Preuß. OVG 20, 216, 227; 24, 379

Ebenso kann der Gläubiger bei der Entfernung von Zubehörstücken deren Zurechterschaffung von dem Grundstückseigentümer und jedem an der unerlaubten Handlung beteiligten dritten Erwerber verlangen. Dieser Anspruch kann nur auf § 823 BGB gestützt werden und nicht auf die Vorschriften der §§ 1134, 1135 BGB³⁵⁾. Denn nach §§ 1133 ff. BGB kann der Hypothekengläubiger lediglich als Schutz gegen eine eingetretene Verschlechterung nach fruchtlosem Ablauf einer gesetzten Frist die sofortige Befriedigung aus dem Grundstück verlangen, als Schutz gegen eine drohende Verschlechterung auf Unterlassung klagen oder gerichtliche Maßregeln zur Abwendung der Gefährdung beantragen. Nicht dagegen wird dem Gläubiger durch diese Bestimmung ein Schadensersatzanspruch gewährt, da dieser nach den Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse zu entscheiden ist und nicht nach denen des Sachenrechts³⁶⁾.

Die Naturalrestitution entfällt, sobald die Zwangsversteigerung eingeleitet ist³⁷⁾. Denn nachdem das Grundstück versteigert worden ist, kann der Schaden des Hypothekengläubigers nur mehr darin bestehen, daß er mit seiner Hypothek ganz oder teilweise ausgefallen ist. Für diesen Ausfall in der Zwangsversteigerung kann er Schadensersatz verlangen³⁸⁾. Voraussetzung für einen erlittenen Schaden ist jedoch, daß ein höheres Meistgebot erzielt worden wäre und der Gläubiger daraus eine Deckung für seine ausgefallene Hypothek erhalten hätte, wenn die Verschlechterung nicht erfolgt wäre³⁹⁾. Es wird davon auszugehen sein, daß der Ausfall in Höhe des Betrages nicht entstanden wäre, welchen diejenigen Gegenstände, die zur Zeit der Versteigerung des Grundstücks weggeschleppt worden waren, wertmäßig ausgemacht hätten. Demnach besteht der wirkliche Schaden jeweils in dem Betrag, um den er mit seinem Ausfall ungedeckt geblieben ist.

Wenn der ausgefallene Hypothekengläubiger selbst Ersteher des Grundstücks ist, dann muß er sich den Mehrwert, den das Grundstück über sein Meistgebot hinaus hat, auf seinen mit dem Schadensersatzanspruch geltend gemachten Ausfall anrechnen lassen. Der Schaden bestimmt sich für den Ersteher danach, wie weit seine Hypothekenforderungen durch den Gegenwert des Anwesens gedeckt wurden⁴⁰⁾. Es ist deshalb der Wert des Anwesens im Zeitpunkt des Zuschlages festzustellen und darauf die Hypothekenforderung anzurechnen. In der sich dabei etwa ergebenden fehlenden Deckung besteht der Schaden des Hypothekengläubigers, da er ohne die Wegnahme der fehlenden Gegenstände einen dementsprechend höheren Gegenwert für seine Hypothekenforderung erlangt hätte. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens durch anderweitige Vermögensminderungen steht dem nicht entgegen⁴¹⁾.

Andererseits ist der Hypothekengläubiger aber durch die Verschlechterung des Pfandgrundstücks nicht geschädigt, wenn er trotz dem Ausfall der Hypothek beim Ersten des Grundstücks verdient hat⁴²⁾. Hat der Gläubiger also das Grundstück für einen billigeren Preis erstanden, als es wert ist, dann erleidet er einen Ausfall nur in der Höhe, um den die Hypothekenforderung den Gewinn übersteigt. Ebenso ist dem Hypothekengläubiger auch dann kein Schaden entstanden, wenn feststeht,

³⁵⁾ So allerdings OLG Kiel JW 1933, 664, A. M. mit Recht Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 1135 BGB

³⁶⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 3. Bd., Sachenrecht, Amtl. Ausgabe 2. Aufl. 1896 S. 668

³⁷⁾ RG WarnRspr. 1910 Nr. 403

³⁸⁾ Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 2 zu § 1134 BGB

³⁹⁾ RGRKomm. 10. Aufl. Anm. 3 zu § 1134 BGB

⁴⁰⁾ RG 73, 333; OLG Nürnberg 29, 358

⁴¹⁾ OLG Nürnberg 29, 358

⁴²⁾ RG SeuffA 60, 219 Nr. 117

daß für das Pfandgrundstück auch ohne die Verschlechterung, also bei Unversehrtheit, nicht mehr geboten worden wäre ⁴³⁾).

9. Die Haftung der Beteiligten als Gesamtschuldner

Neben dem Eigentümer des belasteten Grundstücks haftet auch jeder Dritte, der in Kenntnis oder sicherer Vermutung gefährdeter Hypotheken entweder durch eigene Entfernung von Bestandteilen und Zubehör oder durch Raterteilung an andere Dritte zu der Wertminderung des Grundstücks beigetragen hat. Da er in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Eigentümer durch eine mit anderen begangene gemeinschaftliche unerlaubte Handlung den Schaden verursacht hat, ist er nach §§ 830, 840 BGB für den ganzen entstandenen Schaden verantwortlich. Darauf, daß er sich etwa nur Gegenstände in einem hinter dem Gesamtschaden zurückbleibenden Wert angeeignet hat, kommt es nicht an ⁴⁴⁾. Der einheitlichen Gesamttat entspricht auch die einheitliche Verantwortung. Selbst wenn ein Gehilfe des Pfandschuldners nur zwei Kühe heimlich weggeschafft hat, haftet er daher mit den anderen Beteiligten als Gesamtschuldner für den ganzen entstandenen Schaden ohne Rücksicht auf den Umfang seiner eigenen Beistandsleistung ⁴⁵⁾. Dritte, die dem Eigentümer also bei der Wegschaffung mit dem Bewußtsein, daß dadurch der Wert des Grundstücks gemindert und die Sicherheit der Hypothek gefährdet werde, Beihilfe geleistet haben, haften daher, auch wenn sich die Beteiligung eines jeden in verschiedenen Einzelhandlungen vollzogen hat, für den ganzen Schaden als Gesamtschuldner (§ 830 Abs. 1 BGB) ⁴⁶⁾.

10. Die Verzögerung der Befriedigung des Hypothekengläubigers

Wenn der Hypothekenschuldner durch nicht stichhaltige Einwendungen die Befriedigung des Gläubigers verzögert, dann ist er bei schuldhafter Handlungsweise dem Gläubiger für den daraus entstandenen Schaden ersatzpflichtig ⁴⁷⁾. Dieser Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Zahlung beruht jedoch nicht auf Verzug, wenn der Hypothekenschuldner nur Eigentümer und nicht persönlicher Schuldner ist. Er ist nach § 1142 BGB berechtigt, aber nicht verpflichtet, zu zahlen. Seine Verpflichtung besteht lediglich in der Duldung der Zwangsvollstreckung. Eine unmittelbare Anwendung des § 286 BGB ist nicht möglich, da diese Verpflichtung des Eigentümers keine schuldrechtliche im Sinne der §§ 241 ff. BGB, sondern eine dingliche ist. Auch § 1146 BGB enthält für den Gläubiger keine Anspruchsgrundlage für eine Schadensersatzforderung, da der Gläubiger nach dieser Vorschrift nur Verzugszinsen, nicht aber einen weiteren Schaden geltend machen kann ⁴⁸⁾. Es ist in dieser Bestimmung die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen auf einen Tatbestand übertragen worden, der nicht Verzug im Sinne von § 284 BGB ist. Daher ergibt sich aus § 1146 BGB nur eine Zinspflicht, nicht ein Anspruch auf den Ersatz des weiteren Vermögensschadens ⁴⁹⁾.

⁴³⁾ OLG Naumburg 26, 150

⁴⁴⁾ RG Gruch. 53, 1009 Nr. 85 = JW 1909, 416

⁴⁵⁾ RG Recht 1917 Nr. 198 = WarnRspr. 1917, 25 Nr. 17

⁴⁶⁾ RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 1 zu § 1135 BGB

⁴⁷⁾ OLG Köln JW 1933, 634 mit ablehnender Anmerkung von Blomeyer (JW 1933, 1268), der die Verpflichtung des Schuldners in der Duldung der Zwangsvollstreckung sieht, mit der er in Verzug kommen könne.

⁴⁸⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 1 zu § 1146 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 131 III 3 = S. 531; Erman-Westermann, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 1146 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 1146

⁴⁹⁾ Erman-Westermann, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 1146 BGB

Da somit die Verzugsgrundsätze bei der Verzögerung der Befriedigung des Hypothekengläubigers keine Anwendung finden⁵⁰⁾, kann nur § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage für den Schadensersatz gegenüber dem Eigentümer in Betracht kommen⁵¹⁾. Beim Vorliegen eines vollstreckbaren Titels ist der Grundstückseigentümer verpflichtet, die Zwangsvollstreckung zu dulden. Wenn er sich widersetzt, verletzt er das dingliche Recht des Hypothekengläubigers. Dies geschieht dadurch, daß der Grundstückseigentümer das Recht des Gläubigers, Befriedigung aus dem Grundstück zu erlangen, beeinträchtigt oder verzögert⁵²⁾. Die Verletzung der Hypothek ist in einem solchen Fall in der Regel schuldhaft, da der Eigentümer sich einem vollstreckbaren Titel nicht widersetzen darf. Der Hypothekengläubiger kann infolgedessen gemäß § 823 Abs. 1 BGB den Ersatz des gesamten Schadens verlangen, der ihm durch die Verzögerung des Grundstückseigentümers entstanden ist.

11. Das Ersatzrecht auf den Erlös bei der Zwangsvollstreckung

Gemäß § 91 Abs. 1 ZVG erlöschen bei der Zwangsversteigerung alle Grundstücksrechte, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen. Daher erlöschen mit dem Zuschlag auch diejenigen Hypotheken, mit denen das versteigerte Grundstück belastet ist. Soweit die erlöschenden Rechte durch den Steigerlös gedeckt werden, tritt gemäß § 92 Abs. 1 ZVG an die Stelle des Rechts, in diesem Fall also der Hypothek, der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös. Nur soweit die erlöschenden Rechte durch den Steigerlös nicht gedeckt werden, fallen sie aus.

An die Stelle des Grundstücks tritt also der formell dem Schuldner gehörige Versteigerungserlös⁵³⁾. Nach dem Surrogationsprinzip setzen sich die ursprünglichen Rechte an ihm fort. Es besteht deshalb kein Anlaß, sie nunmehr anders zu behandeln, soweit nicht zwingende Gründe dafür sprechen⁵⁴⁾. Da das Hypothekenrecht zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB gehört, genießt auch der Anspruch auf Befriedigung aus dem Steigerlös den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB. Dieses Ersatzrecht des Gläubigers auf den anteiligen Erlös bei der Zwangsversteigerung gehört zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB⁵⁵⁾. Hinzu kommt, daß die dingliche Rechtsstellung des Hypothekengläubigers nach § 92 ZVG in gewisser Hinsicht fort dauert und er somit auf jeden Fall besser gestellt ist als der Inhaber eines bloßen Forderungsrechts. Wenn der ehemalige Hypothekengläubiger daher um den ihm zustehenden Erlös gebracht wird, kann er gemäß § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen wegen der Verletzung eines sonstigen Rechts. Auch in dem Widerspruch gegen die Auszahlung liegt bereits wegen der damit verbundenen Verzögerung eine Rechtsverletzung.

Dem Anspruch des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös gemäß § 92 ZVG ist der Anspruch auf die Auszahlung der Zwangsverwaltungsvorschüsse gleichgestellt. Dieser Anspruch ist ebenfalls ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB⁵⁶⁾. Unter Zwangsverwaltungsausgaben sind gemäß

⁵⁰⁾ Blomeyer, JW 1933, 1268 bezeichnet in der Anmerkung zu OLG Köln JW 1933, 634 es als Schulbeispiel für Begriffsjurisprudenz, diesen Schadensersatzanspruch nicht auf Verzugsgrundsätze zu stützen.

⁵¹⁾ Planck-Strecke, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 zu § 1146 BGB; Warneier-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 zu § 1146 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 3 zu § 1146 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 1146 BGB

⁵²⁾ OLG Köln JW 1933, 634

⁵³⁾ KG OLG 28, 233

⁵⁴⁾ RG 75, 316; Jaekel-Güthe, 7. Aufl. 1937 Anm. 1 zu § 92 ZVG

⁵⁵⁾ KG OLG 28, 233; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB

⁵⁶⁾ KG OLG 28, 233

§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 ZVG die Ausgaben des die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers und des Zwangsverwalters zur Erhaltung oder notwendigen Verbesserung des Grundstücks zu verstehen. Auch für diese Ausgaben besteht nach § 10 Abs. 1 ZVG ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück und damit über § 92 ZVG auch aus dem Versteigerungserlös. Verletzt werden kann dieses Recht unter anderem durch einen widerrechtlichen und schuldhaften Widerspruch gegen die Auszahlung der Zwangsverwaltungsvorschüsse. Dem Gläubiger steht in diesem Fall ein Ersatzanspruch für den durch die Verzögerung entstandenen Schaden gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu.

12. Der Schadensersatzanspruch bei Verletzung der Hypothek nach früherem Recht

Da bereits die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch einen Schadensersatzanspruch des Hypothekengläubigers bei der Verletzung seines Rechts als selbstverständlich voraussetzen, erscheint eine kurze Betrachtung dieser Frage nach dem Recht vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches angebracht⁵⁷⁾. Schon im römischen Recht wird die arglistige Erschwerung der Ausübung des Pfandrechts durch den Schuldner als ein Unrecht anerkannt. Dem Verpfänder steht wohl die freie Veräußerung der Pfandsache zu⁵⁸⁾. Es wird aber ein *furtum possessionis* angenommen, wenn der Schuldner einen Gegenstand, der für die Hypothek haftet und sich noch in seinem Besitz und Eigentum befindet, arglistigerweise in eigen-nütziger Absicht gegen den Willen des Hypothekengläubigers veräußert, um ihm die Ausübung seines Hypothekenrechts zu erschweren⁵⁹⁾. Der Pfandgläubiger ist dann legitimiert, die *actio furti* geltend zu machen⁶⁰⁾.

Nach der Bestimmung des § 24 I. 20 ALR konnte der Eigentümer der verpfändeten Sache soweit darüber frei verfügen, als es dem Recht und der Sicherheit des Gläubigers unnachteilig sei. Aus dieser Vorschrift geht hervor, daß es nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht Pflicht des Pfandschuldners war, keine Verfügungen zu treffen, die das Pfandrecht schädigen⁶¹⁾.

Das Reichsgericht hat in Anwendung dieser Vorschriften das sogenannte „Kalte Abbrennen“ schon vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für schadensersatzpflichtig erklärt⁶²⁾. Den Grund dafür hat es darin gesehen, daß dadurch der Wert des Pfandobjektes gemindert und infolge der Unzulänglichkeit des Hypothekenobjektes der Ausfall der Forderungen verursacht wird. Hinsichtlich des Schadens wurde ebenso wie in der späteren Rechtsprechung nach dem 1. 1. 1900, bei der sich der Schadensersatzanspruch dann auf § 823 Abs. 1 BGB stützt, ausgeführt, daß bei der Veräußerung im wirtschaftlichen Betrieb eines Landgutes an die Stelle der ausgeschiedenen Pfandgegenstände jeweils neue treten. Da also bei einem Landgut für das zu Markt gebrachte Vieh im normalen wirtschaftlichen Betrieb ebenso wie für das verkaufte Getreide neu gekaufte oder der Nachwuchs bzw. die künftige Ernte vorhanden ist, kann der Gläubiger jederzeit mit einem annähernd gleichen Bestand des Grundstücks als Sicherheit seiner Hypothek rech-

⁵⁷⁾ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. III Sachenrecht, Amtl. Ausgabe, 2. Aufl. 1896 S. 668

⁵⁸⁾ D. 9, 4, 36

⁵⁹⁾ Ulpian, D. 47, 2, 19. 6; Africanus, D. 47, 2, 62 (61). 8; Paulus, D. 47, 2, 67 (66) pr. Bei diesen Quellenstellen handelt es sich um den Verkauf von Zubehörstücken bzw. die Fortschaffung von Früchten (Africanus). — Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 2 S. 6 ff. — Hitzig, Artikel *Furtum*, Pauly-Wissowa, Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft, 13. Halbbd. 1910 Sp. 384 ff (388 A 5)

⁶⁰⁾ Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 1949 S. 255

⁶¹⁾ Vgl. BayObLG 9, 20 und 10, 408; RG 42, 170 (27. 6. 1898)

⁶²⁾ RG 42, 170

nen⁶³⁾. In der Zerstörung eines solchen, die Bewirtschaftung eines Landgutes sichernden Bestandes, sah das Reichsgericht⁶⁴⁾ bereits vor dem Inkrafttreten des § 823 Abs. 1 BGB eine Verletzung des Pfandrechts, weil durch diesen Eingriff die Sicherheit der Hypotheken- und Grundschuldgläubiger gefährdet werde⁶⁵⁾.

Anhang

13. Die Meinung Leonhards

Unverständlich ist die Auffassung Leonhards, daß dann keine Unrechtshandlung im Sinne von § 823 BGB vorliegt, wenn der Eigentümer die Sicherheit der Hypothek durch Vernachlässigung seines Grundstücks oder Entfernung von Zubehörstücken gefährdet (§§ 1131 ff. BGB)⁶⁶⁾. Leonhard erklärt jedoch nicht ausdrücklich, daß die Hypothek kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei. Er gibt überhaupt keine Begründung zu seiner Auffassung. Aus diesem Grunde erübrigt sich jede weitere Stellungnahme.

II. Die Grund- und Rentenschuld

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ im § 823 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1900 S. 44; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; OLG Rostock Seuffa 65, 99 Nr. 48; RG ZBIFG 12, 642; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; RG HRR 1936 Nr. 669; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c zu § 823 BGB; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 b = S. 939; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Begriff und Wesen der Grundschuld

Die Grundschuld ist eine Grundstücksbelastung in der Weise, daß an den Berechtigten eine bestimmte Summe, evtl. nebst Zinsen und Kosten, aus dem Grundstück zu zahlen ist. (§ 1191 BGB) Sie kann ebenso wie die Hypothek als Brief- oder Buchgrundschuld bestellt werden. Ihrem Wesen nach ist die Grundschuld eine abstrakte, von ihrem Rechtsgrund losgelöste, dingliche Schuld. Darin liegt der Unterschied von der Hypothek. Denn die Entstehung und der Bestand der Grundschuld sind von dem Bestehen einer persönlichen Forderung vollständig unabhängig.

Grundsätzlich sind auf die Grundschuld gemäß § 1192 Abs. 1 BGB die Vorschriften über die Hypothek entsprechend anwendbar mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen, die sich aus der Abhängigkeit der Hypothek von der gesicherten Forderung ergeben. Daraus folgt, daß insbesondere auch die §§ 1120—1122, 1133—1135 BGB auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden. Die Grundschuld erstreckt sich also auf das Grundstückszubehör und bleibt an den Erzeugnissen und Bestandteilen des Grundstücks auch nach der Trennung bestehen. Gegenüber eingetretenen oder drohenden Verschlechterungen genießt der Berechtigte den gleichen Schutz wie ein Hypothekengläubiger.

2. Die Eigentümergrundschuld

Eine Besonderheit ergibt sich insofern, als eine Grundschuld gemäß § 1196 Abs. 1 BGB auch für den Eigentümer bestellt werden kann. Diese Bestimmung gestattet dem Eigentümer die Bestellung eines Grundpfandrechts für sich am eige-

⁶³⁾ RG 44, 186

⁶⁴⁾ RG 42, 170

⁶⁵⁾ Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 3 S. 668; Jakubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 279

⁶⁶⁾ Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931 S. 548

nen Grundstück. Er sichert sich damit eine absolute Rangstelle zur künftigen Verwertung.

Außerdem entsteht eine Eigentümergrundschuld in gewissen Fällen kraft Gesetzes. Bei Befriedigung durch den Eigentümer geht die Hypothek auf diesen über. Ist der Eigentümer persönlicher Schuldner, so erlischt die Forderung, und die Hypothek geht als Grundschuld auf den Eigentümer über (§§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 BGB). Ist der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner, so geht die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und mit ihr die Hypothek, die nach wie vor für die persönliche Forderung haftet, auf den Eigentümer über (§§ 1143, 1153, 1177 Abs. 2 BGB). Dies ist der Fall der forderungsbekleideten Eigentümerhypothek.

Die eigentliche Eigentümerhypothek steht als ursprüngliche Eigentümerhypothek von vornherein dem Eigentümer zu:

- a) wenn die gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§ 1163 BGB)
- b) solange bei der Briefhypothek dem Gläubiger der Brief noch nicht ausgehändigt ist (§ 1163 BGB).

Als nachträgliche Eigentümerhypothek verwandelt sich die Hypothek, die bisher einem anderen zusteht, in eine Eigentümerhypothek:

- a) wenn die gesicherte Forderung auf irgendeine Weise, namentlich durch Zahlung, Aufrechnung oder Konfusion erlischt (§ 1163 Abs. 1 BGB)
- b) wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168 BGB)
- c) wenn ein unbekannter Hypothekengläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen wird (§§ 1170 ff. BGB).

Die Eigentümerhypothek ist, da ihr keine Forderung zugrunde liegt, eine Eigentümergrundschuld, über die der Eigentümer frei verfügen kann, da sie ein selbstständiges Vermögensobjekt ist. Insbesondere kann der Eigentümer die Eigentümergrundschuld übertragen und verpfänden. Es handelt sich also um ein subjektives Recht. Auch im Falle der forderungsbekleideten Eigentümerhypothek bestimmen sich die Rechte aus der Hypothek, solange diese dem Eigentümer zusteht, gemäß § 1177 Abs. 2 BGB nach den für die Eigentümergrundschuld geltenden Vorschriften.

3. Die Verletzung der Grundschuld

Sowohl die Fremdgrundschuld als auch die Eigentümergrundschuld sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, da es sich jeweils um dingliche Rechte handelt.

Verletzt wird die Fremdgrundschuld ebenso wie die Hypothek jedesmal dann, wenn das belastete Grundstück durch den Eigentümer oder jeden beliebigen außenstehenden Dritten verschlechtert wird. Diese Verschlechterung geschieht entweder durch das Herausreißen wesentlicher Bestandteile⁶⁷⁾ aus dem Pfandgrundstück oder durch das Wegschaffen von Zubehörstücken. In jedem Fall wird die Sicherheit der Grundschuld durch die Vornahme dieser Handlungen gefährdet. Der Anspruch des Inhabers der Grundschuld richtet sich bis zur Einleitung der Zwangsversteigerung auf Zurückschaffung der herausgerissenen Bestandteile und Ausbesserung des Grundstücks oder auf Wiederherbeischaffung der entfernten Zubehörstücke (§ 249 BGB). Nach Einleitung der Zwangsversteigerung bemißt sich der Schaden nach dem Ausfall und ist in Geld zu ersetzen (§ 251 BGB).

⁶⁷⁾ OLG Rostock SeuffA 65, 99 Nr. 48

Die Eigentümergrundschuld kann durch widerrechtliche Löschung verletzt werden. Da sich die Hypothek durch Zahlung kraft Gesetzes in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, ist diese Rechtsänderung in der Regel nicht aus dem Grundbuch ersichtlich, obwohl der Eigentümer einen Berichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB hat. Nach einer Veräußerung oder Zwangsversteigerung des Grundstücks kann deshalb durch Zusammenwirken des Erwerbers mit dem eingetragenen Hypothekengläubiger durch dessen Bewilligung gemäß § 19 GBO die zugunsten des früheren Eigentümers entstandene Eigentümergrundschuld widerrechtlich gelöscht werden⁶⁸⁾. Durch diese Löschung wird der Berechtigte in seinem Grundschuldrecht verletzt. Bereits durch die Löschung entsteht dem Inhaber der Eigentümergrundschuld, also dem früheren Eigentümer des Grundstücks, ein Schaden, weil er im Grundbuch nicht mehr als Berechtigter ausgewiesen ist. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Grundschuld durch die Löschung an sich noch nicht erloschen ist und im Wege des Berichtigungsverfahrens wieder eingetragen werden kann (§§ 894, 901 BGB). Denn dieser Berichtigungsanspruch ist gleichzeitig auch ein Schadensersatzanspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gemäß § 249 BGB. Der in seinem Recht durch die Löschung verletzte Inhaber der Grundschuld kann daher die Wiedereintragung seines Rechts im Grundbuch verlangen.

Nicht ausgeschlossen ist die Geltendmachung eines weiteren Schadens durch den Berechtigten. Ein solcher Schaden kann unter Umständen dadurch entstehen, daß unmittelbar nach der Löschung ein anderes Grundpfandrecht eingetragen wird. Sofern derjenige, zu dessen Gunsten die spätere Eintragung erfolgt ist, gutgläubig war, steht sein Recht an erster Stelle, auch wenn der geschädigte Grundschuldinhaber wieder eingetragen worden ist. Dadurch ist die vorher an erster Stelle stehende Eigentümergrundschuld an eine rangniedrigere Stelle gekommen, so daß sie gefährdet ist, da in diesem Fall ein Ausfall eher zu befürchten ist⁶⁹⁾. Der Schadensersatzanspruch richtet sich bei Verschulden und Widerrechtlichkeit sowohl gegen den Erwerber des Grundstücks als auch gegen den früheren Hypothekengläubiger, die beide gemäß §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner in Höhe des Betrages haften, um den der Inhaber der Eigentümergrundschuld ausgefallen ist.

4. Die Rentenschuld

Die Rentenschuld ist gemäß § 1199 Abs. 1 BGB eine Abart der Grundschuld, bei der kein bestimmtes Kapital, sondern eine Geldrente in regelmäßig wiederkehrenden Terminen aus dem Grundstück zu zahlen ist. Als dingliches Recht, insbesondere als eine Abart der Grundschuld, ist auch die Rentenschuld ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Nach § 1200 BGB finden auf die einzelnen Leistungen die Vorschriften über die Hypothekenzinsen Anwendung; auf die Ablösungssumme⁷⁰⁾ sind die Vorschriften über das Grundschuldkapital anwendbar. Daraus folgt namentlich, daß bei Zahlung der Ablösungssumme eine Eigentümergrundschuld entsteht.

Das Institut der Rentenschuld, die den Eigentümer nur zur Rentenzahlung verpflichtet, sollte den besonderen Interessen der Landwirtschaft dienen, hat sich aber in der Praxis nur wenig durchgesetzt. Daher ist es auch verständlich, daß sich die Rechtsprechung bisher noch nicht mit der Verletzung der Rentenschuld und der sich daraus ergebenden Schadensersatzpflicht zu beschäftigen hatte. Verletzbar ist

⁶⁸⁾ RG ZBIFG 12, 642

⁶⁹⁾ RG ZBIFG 12, 642

⁷⁰⁾ Die Ablösungssumme ist gemäß § 1199 Abs. 2 BGB der Betrag, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann.

die Rentenschuld durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks und jeden außenstehenden Dritten. Ebenso wie bei der Hypothek oder Grundschuld kann diese Verletzung insbesondere durch die Entfernung wesentlicher Bestandteile oder die Fortschaffung von Zubehörstücken von dem Pfandgrundstück geschehen. Die für die Hypothek und die Grundschuld entwickelten Grundsätze gelten in gleicher Weise auch für die Rentenschuld ⁷¹⁾).

⁷¹⁾ Siehe oben S. 49 ff

§ 8. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ im § 823 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1900 S. 44; Pignol, Zum Pfandrecht des Vermieters DJZ 1901, 504; Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II 2 = S. 1019; Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB, 2. Aufl. 1902 S. 114 N. 1; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; Oertmann, 3. Aufl. 1910 Anm. 4a zu § 561 BGB; OLG Hamburg 20, 280; RG SeuffA 66, 192 Nr. 98; Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 3. Aufl. 1913 § 84 III 11 = S. 543; Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, 10. Aufl. 1914 § 56 3 k = S. 414; RG 85, 89; KG OLG 29, 208; RG SeuffA 74, 11 Nr. 6; RG WarnRspr. 1919, 260 Nr. 167; RG 98, 345; RG 108, 318; RG DJZ 1924, 908 = LZ 1925, 1273; RG JR (HRR) 1925 Nr. 141; RG 119, 265 = Recht 1928, 73 Nr. 280; Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1927 § 229 = S. 765; Planck, 4. Aufl. 1928 Anmerkung II 1 f zu § 823 BGB; Oertmann, 4. Aufl. 1929 Anmerkung 4a zu § 561 BGB; Oertmann, 4. Aufl. 1929, Anmerkung 3b zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anmerkung II A e zu § 823 BGB; RG 138, 252; Fischer-Henle-Titze, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; RG DJZ 1933, 842; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 S. 305 N. 16; Schwarz-Blume, Grundriß des Bürgerl. Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 2. Besonderer Teil, 1948 S. 113; Warneier-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 Anm. A IV zu § 823 BGB; Loewenwarther-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 3 zu § 561 und Anm. 6b aa) zu § 823 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1953 Anm. 3 zu § 561 und Anm. 9 zu § 823 BGB; Rosenthal, 14. Aufl. 1953, Anh. 1 B II zu § 823 BGB; Staudinger-Kiefersauer, 11. Aufl. 1955 Anm. III 3e Rn. 9 zu § 561 BGB; Ksoll, Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1957 S. 159; Jaeger-Lent, 8. Aufl. 1958 Anm. 23 zu § 49 KO; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 131 III = S. 531 und § 234 I 1b = S. 939; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7c zu § 823 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 561 und Anm. 1c zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 561 und Anm. 6a zu § 823 BGB

Das Pfandrecht ist das an einer beweglichen Sache oder an einem Recht bestehende dingliche Recht, bei der Zwangsvollstreckung in die Sache oder der pfandweisen Veräußerung der Sache einen bestimmten Teil des Erlöses zu erhalten. Regelmäßig besteht das Pfandrecht an einer fremden Sache zur Sicherung einer Forderung. Es handelt sich um ein beschränktes dingliches Recht an einer fremden Sache, das den Pfandgläubiger berechtigt, sich durch Verwertung der Sache wegen der gesicherten Forderung zu befriedigen. Als ein dem Eigentum gleichgestelltes dingliches Recht ist jedes Pfandrecht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹⁾.

Man unterteilt die Fahrnispfandrechte nach der Art ihres Entstehens in vertragliche, gesetzliche und Pfändungspfandrechte.

I. Die vertraglichen Pfandrechte

1. Die Verletzung des vertraglich bestellten Pfandrechts an beweglichen Sachen

Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ist gemäß § 1204 Abs. 1 BGB ein dingliches Recht, kraft dessen der Pfandgläubiger berechtigt ist, sich wegen einer Forderung Befriedigung aus der Sache zu suchen. Gegenstand des Pfandrechts können bewegliche Sachen jeder Art sein, jedoch kann nur an einzelnen selbständigen Sachen ein Pfandrecht begründet werden. Bei Sachgesamtheiten können daher Pfandrechte nur an den zu der Sachgesamtheit gehörenden einzelnen Sachen

¹⁾ RG SeuffA 74, 11 Nr. 6

bestellt werden. Eine Ausnahme bildet insoweit das Pachtinventar, das nach dem Pachtkreditgesetz als ganzes verpfändet werden kann²⁾. An wesentlichen Bestandteilen einer Sache, insbesondere eines Grundstücks (z. B. an Bäumen und Früchten auf dem Halm), ist bis zur Trennung von der Muttersache die Begründung eines Pfandrechts gemäß § 93 BGB nicht möglich.

Zur Bestellung eines Pfandrechts ist nach § 1205 Abs. 1 BGB Einigung und Übergabe der Pfandsache erforderlich. Das Pfandrecht gewährt dem Pfandgläubiger das Recht auf den Besitz der Pfandsache. Infolgedessen wird das Pfandrecht des Berechtigten jedesmal dann verletzt, wenn ihm die Sache, an der sein Recht besteht, entzogen oder zerstört wird³⁾. Dies kann durch den Pfandschuldner selbst sowie durch jeden außenstehenden Dritten geschehen. Insbesondere wird das vertragliche Pfandrecht daher stets in den Fällen verletzt, in denen die verpfändete Sache freihändig verkauft wird. Sofern der Pfandschuldner in Konkurs gefallen ist, ist auch ein Verkauf durch den Konkursverwalter widerrechtlich, soweit dieser nicht von dem Pfandgläubiger ausdrücklich zum freihändigen Verkauf ermächtigt worden ist⁴⁾. Denn nach der Bestimmung des § 127 KO ist der Konkursverwalter nur berechtigt, die Verwertung eines zur Masse gehörigen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Ein solcher freihändiger Verkauf durch den Pfandschuldner, den Konkursverwalter oder einen anderen Dritten ist nur dann ausnahmsweise nicht rechtswidrig und schuldhaft, wenn diese mit dem Bestehen des Pfandrechts gutgläubig nicht zu rechnen brauchten.

Da in gewissen Fällen gemäß § 1206 BGB zur Bestellung des Pfandrechts anstelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes genügt, besteht eine weitere Möglichkeit zur Verletzung des Pfandrechts. Die Einräumung des Mitbesitzes ist dann ausreichend, wenn die Sache unter Mitverschluß des Gläubigers gebracht wird oder wenn der Dritte, der sogenannte Pfandhalter, in dessen Besitz die Sache ist, diese nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinsam herausgeben darf. Dabei hat der Pfandhalter eine besondere Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache, indem er sie entweder zerstören oder dem Gläubiger auf andere Weise entziehen kann.

Der Schadensersatz besteht auch bei der Verletzung des Pfandrechts an beweglichen Sachen in der Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die schädigende Einwirkung auf die mit dem Pfandrecht belastete Sache vorhanden wäre. (§ 249 BGB) In erster Linie hat also der Schädiger die Pfandsache an den Gläubiger wieder herauszugeben, wobei die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist. Sofern die Herausgabe nicht möglich ist, weil etwa durch den Verkauf der Sache ein Außenstehender gutgläubig unbelastetes Eigentum gemäß § 936 Abs. 1 BGB an dem Pfandgegenstand erworben hat, muß der Schädiger Wertersatz in Geld leisten. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs entspricht in diesem Fall dem Nettoerlös, den der Pfandgläubiger bei einem ordnungsgemäßen Pfandverkauf der belasteten Sache nach den Vorschriften der §§ 1228 ff. BGB erzielt hätte. Der Verletzte braucht sich daher nicht mit der Herausgabe des Erlöses zufrieden zu geben, den der Schädiger bei dem widerrechtlichen Verkauf erlangt hat, sondern er hat außerdem noch einen Anspruch auf die Zahlung der Differenz zwischen diesem Erlös und demjenigen, den er bei einem vorschriftsmäßigen Verkauf erzielt hätte.

²⁾ Siehe unten S. 67

³⁾ Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse 1902 § 325 II 2 N. 38 = S. 1019

⁴⁾ RG WarnRspr. 1919, 260 Nr. 167

Insbesondere richtet sich der Anspruch des Pfandgläubigers somit bei einem freihändigen Verkauf durch den Konkursverwalter auf den Betrag, um den der Erlös bei Verwertung des Pfandes nach § 127 KO höher gewesen wäre als der durch den Konkursverwalter erzielte Erlös⁵⁾).

2. Besitzlose Vertragspfandrechte

Besitzlose Vertragspfandrechte an beweglichen Sachen sind nur in bestimmten Sonderfällen zulässig.

a) Schiffshypothek

Durch das Schiffsgesetz vom 15. 11. 1940⁶⁾ sind die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe rechtlich den Grundstücken gleichgestellt worden. Dementsprechend ist an die Stelle des früheren Schiffspfandrechts des BGB⁷⁾ die Schiffshypothek getreten. Diese Schiffshypothek (§§ 8, 24 ff. Schiffsg) entsteht durch Einigung und Eintragung im Schiffsregister. Sie steht ihrem Inhalt nach der Sicherungshypothek des BGB gleich. Insbesondere hat der Schiffshypothekengläubiger bei einer Verschlechterung des Schiffs oder seiner Einrichtung, die die Sicherheit der Schiffshypothek gefährdet, sowie bei der Entfernung von Zubehörstücken, auf welche die Schiffshypothek sich erstreckt, gemäß § 39 Schiffsg die gleichen Rechte wie ein Hypothekengläubiger.

Da auch die Schiffshypothek ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, kann der Rechtsinhaber bei der Verletzung seines Rechts ebenso wie der Hypothekengläubiger Schadensersatz verlangen. § 39 Schiffsg entspricht §§ 1133, 1134 Abs. 2, 1135 BGB. Es gelten daher die gleichen Grundsätze wie bei der Verletzung der Hypothek⁸⁾. Verletzt wird die Schiffshypothek ebenso wie die Grundstückshypothek durch Beschädigung oder Zerstörung des Schiffs sowie durch Verschlechterung infolge Wegnahme wesentlicher Bestandteile oder Entfernung von Zubehör.

b) Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen

Nach § 1 des Gesetzes über Rechte an Luftfahrzeugen⁹⁾ kann ein in der Luftfahrzeugrolle eingetragenes Luftfahrzeug zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldsumme Befriedigung aus dem Luftfahrzeug zu suchen. Das Registerpfandrecht kann genauso wie die Schiffshypothek nur in der Weise bestellt werden, daß sich das Recht des Gläubigers ausschließlich nach der Forderung bestimmt (§ 4). Es ist also stets Sicherungshypothek und damit streng akzessorisch¹⁰⁾.

Als dingliches Recht ist auch das Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Bei einer Verletzung seines Rechts kann der Rechtsinhaber ebenso wie der Hypothekengläubiger Schadensersatz ver-

⁵⁾ RG WarnRspr. 1919, 260 Nr. 167

⁶⁾ Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15. 11. 1940 (RGBl. I 1499). Dazu: Abraham, Die Schiffshypothek im deutschen und ausländischen Recht, 1950; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 184 = S. 750; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Komm. zum Schiffsg als Anh. zum BGB

⁷⁾ Vgl. die früheren §§ 1259—1272 BGB

⁸⁾ Siehe oben S. 49 ff

⁹⁾ Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen vom 26. 2. 1959 (BGBl. I 57) und Allg. Verf. über d. Einrichtung und d. Führung d. Registers f. Pfandrechte an Luftfahrzeugen v. 31. 3. 1959 (BAnz. 1959 Nr. 61)

¹⁰⁾ Bodenschatz, Das Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen und seine Auswirkungen auf die Versicherungswirtschaft, VW 1959 S. 269

langen. Verletzt werden kann das Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen durch den Eigentümer des belasteten Luftfahrzeugs und jeden außenstehenden Dritten. Die Verletzung geschieht insbesondere durch eine Beschädigung oder Zerstörung des belasteten Luftfahrzeugs sowie durch die Entfernung wesentlicher Bestandteile, die dem Registerpfandrecht von selbst unterliegen. Nach § 31 des Gesetzes erstreckt sich das Registerpfandrecht auch auf das Zubehör des Luftfahrzeuges. Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn ihre Zubehöreigenschaft in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aufgehoben wird oder die Stücke veräußert und vom Luftfahrzeug entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind. Ebenso wie bei der Hypothek stellt daher jede Entfernung und Wegschaffung von Zubehörstücken aus dem Luftfahrzeug eine Verletzung des Registerpfandrechts dar und macht den Täter gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.

c) Pachtinventarpfandrecht

Nach § 1 PachtKrG¹¹⁾ kann der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks an dem ihm gehörenden Inventar einem zugelassenen Paktkreditinstitut zur Sicherung eines ihm gewährten Darlehens ein Pfandrecht (§ 1204 Abs. 1 BGB) ohne Besitzübertragung bestellen. Das Pachtinventarpfandrecht ist somit ein besitzloses Pfandrecht an einer Sachgesamtheit. Es erfaßt gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 PachtKrG ohne weiteres die später von dem Pächter neu angeschafften Inventarstücke. Das Pachtinventarpfandrecht entsteht durch schriftliche Einigung und Niederlegung des Verpfändungsvertrages beim Amtsgericht (§ 2 PachtKrG). Durch die Bestellung dieses Pachtinventarpfandrechts wird das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters grundsätzlich nicht berührt. Im einzelnen ist das Verhältnis beider Pfandrechte zueinander in §§ 4 Abs. 2 S. 2, 11 PachtKrG geregelt.

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden nach § 8 PachtKrG auf seine Ansprüche die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Infolgedessen handelt es sich dabei um ein dem Eigentum gleichgestelltes sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzbar ist das Pachtinventarpfandrecht durch den Pächter selbst und jeden Dritten. Eine solche Verletzung kann durch jede Einwirkung auf das Pachtinventar, welches Gegenstand des Pfandrechts ist, erfolgen, also durch Beschädigung, Zerstörung oder Entfernung der Inventarstücke. Der Schadensersatz besteht in der Wiederherbeschaffung dieser Gegenstände. Sofern diese nicht möglich ist, bestimmt sich seine Höhe nach dem Ausfall, den das Paktkreditinstitut bei der Verwertung durch das Fehlen der Pfandgegenstände erleidet.

d) Kabelpfandrecht

Nach dem Kabelpfandgesetz vom 31. 3. 1925 kann an einem Hochseekabel mit behördlicher Genehmigung ein Pfandrecht durch Einigung und Eintragung ins Kabelbuch bestellt werden¹²⁾.

Dieses besitzlose Registerpfandrecht ist ebenso wie alle anderen Pfandrechte ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Es kann durch jede schuldhaft und rechtswidrige Einwirkung auf das Hochseekabel, welches Gegenstand des Pfandrechts ist, verletzt werden. Der Schadensersatzanspruch bemißt sich wiederum nach den gleichen Grundsätzen, die für die Verletzung der übrigen vertraglichen Pfandrechte an beweglichen Sachen gelten.

¹¹⁾ Paktkreditgesetz vom 5. 8. 1951 (RGBl. I 494)

¹²⁾ Gesetz betr. die für den Verkehr mit dem Ausland bestimmten Hochseekabeln (KabelpfandG) vom 31. 3. 1925 (RGBl. I 37)

3. Die Vertragspfandrechte an Rechten

Ein Pfandrecht kann nach § 1273 Abs. 1 BGB auch an einem übertragbaren Recht bestellt werden. Da die Pfandrechte dingliche Rechte sind, handelt es sich dann um ein dingliches Recht an einem fremden Recht. Unübertragbare Rechte können nicht verpfändet werden, weil die Verpfändung eine teilweise Übertragung des Gläubigerrechts enthält. Unübertragbar und deshalb unverpfändbar sind namentlich alle Rechte, die nicht gepfändet werden können (§§ 1274 Abs. 2, 400 BGB, 850 ZPO). Hierher gehört also der unpfändbare Teil des Arbeitslohnes.

Gegenstand eines vertraglichen Pfandrechts können insbesondere Forderungen, Sachen-, Erb-, Immaterialgüter- und Anteilsrechte sein.

Die Verpfändung dieser Rechte erfolgt gemäß § 1274 Abs. 1 S. 1 BGB nach denselben Vorschriften wie für die Übertragung des Rechts. Grundsätzlich sind auf das Pfandrecht an Rechten gemäß § 1273 Abs. 2 S. 1 die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechend anwendbar.

Die Pfandrechte an Rechten sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, sofern die Rechte, welche Gegenstand des Pfandrechts sind, den Schutz dieser Vorschrift genießen. Denn gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte wird der Pfandgläubiger ebenso geschützt wie der Grundberechtigte¹³⁾.

Verletzt wird das Pfandrecht an einem Recht durch jeden Eingriff in das Recht, welches Gegenstand des Pfandrechts ist. Jede Verletzung eines dinglichen Rechts, an dem ein Pfandrecht bestellt ist, stellt also zugleich einen widerrechtlichen Eingriff in das Pfandrecht dar. Bei denjenigen Rechten, die an einer Sache bestehen, wird das Pfandrecht an ihnen durch jede Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung der Sache selbst, welche Gegenstand des Rechts und auf diese Weise auch Gegenstand des an dem Recht bestellten Pfandrechts ist, verletzt. Im übrigen gelten für die Verletzung des Pfandrechts an einem Recht die gleichen Grundsätze, die für eine Haftung bei der Verletzung dieses Rechts als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gelten.

Häufiger ist die Verletzung eines an einer Hypothek bestellten Pfandrechts. Ein solches Pfandrecht wird ebenso wie die Hypothek selbst in allen den Fällen verletzt, in denen die Sicherheit der Hypothek durch die Wegschaffung wesentlicher Bestandteile und die Entfernung von Zubehörstücken vom Pfandgrundstück gefährdet wird. Außerdem kann das Pfandrecht an einer Hypothek auch durch die von einem Dritten verschuldete Rangverschlechterung der verpfändeten Hypothek verletzt werden¹⁴⁾. Da mit Zustimmung des Hypothekengläubigers und des Grundstückseigentümers unter Vorlage des Hypothekenbriefes der Rang einer Hypothek durch Voreintragung einer anderen Hypothek (§§ 41, 42 GBO) verschlechtert werden kann, ist jeder Dritte, der von dem Inhaber des Pfandrechts den Hypothekenbrief erlangt hat, in der Lage, auf diese Weise das Pfandrecht zu verletzen. Auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ist eine solche Rangänderung dem Pfandgläubiger gegenüber auch trotz des Fehlens seiner Zustimmung wirksam. Die Verletzungshandlung des Schädigers liegt in diesem Fall in der Einlieferung des Hypothekenbriefes an das Grundbuchamt zur Eintragung der Rangänderung gemäß § 42 GBO. Widerrechtlich ist eine solche Handlung jedesmal dann, wenn die Vorlage des Briefes beim Grundbuchamt zu diesem Zweck nicht dem Willen des Pfandgläubigers entspricht, der Schädiger also den Hypothekenbrief nicht zum Zwecke der Eintragung einer Rangverschlechterung oder überhaupt gegen den Willen des Pfandgläubigers in Besitz bekommen hat. Eine besondere Sorgfaltspflicht trifft dabei Rechtsanwälte und Notare. Bevor ein Notar einen Hypothekenbrief zur Eintragung

¹³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 175 VII = S. 723

¹⁴⁾ RG SeuffA 66, 192 Nr. 98

einer Rangänderung im Grundbuch vorlegt, muß er sich, auch wenn er im Besitz des Hypothekenbriefes ist, darüber vergewissern, ob der Pfandgläubiger über die Sachlage unterrichtet und mit der Rangverschlechterung einverstanden ist. Weil der Rangrücktritt hinter einer sehr hohen Hypothek fast einer Aufhebung der zeitlich zuerst eingetragenen Hypothek gleichkommt, ist eine Zustimmung des Pfandgläubigers in der Regel sehr unwahrscheinlich, während der Hypothekengläubiger an der verpfändeten Hypothek meistens kein Interesse mehr haben wird, da diese für ihn sowieso verloren ist. Bei einer Verletzung des Pfandrechts an der Hypothek haften in diesem Fall alle Beteiligten, nicht nur diejenigen, die ihre Zustimmung zu der Eintragung erklärt haben, sondern auch der Notar, der sich das Einverständnis des Pfandgläubigers eindeutig nachweisen lassen muß¹⁵⁾.

Wenn das Pfandrecht an einer Hypothek durch eine Rangverschlechterung verletzt worden ist, kann der Geschädigte nicht die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen, weil diese nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§ 251 Abs. 2 BGB). Die Wiederherstellung des früheren Zustandes bestünde in der Ablösung der voreingetragenen Hypothek bzw. der Beschaffung und Aushändigung derjenigen Urkunden, die zur Wiederverschaffung des alten Ranges der verpfändeten Hypothekenforderung notwendig sind, soweit dies zur Befriedigung des Pfandgläubigers wegen seiner Pfandforderung erforderlich ist. Durch diese Verschaffung des ursprünglichen Ranges, die bei einer hohen voreingetragenen Hypothek nicht unbedeutende Aufwendungen erfordert, wäre wirtschaftlich für den Pfandgläubiger nichts erreicht, da er keinen Nachteil erleidet, wenn er wegen der Verletzung seines Pfandrechts in Geld befriedigt wird. Der Schadenersatzanspruch des Pfandgläubigers ist also im Falle der Rangverschlechterung auf Geldersatz gerichtet.

Besondere Probleme ergeben sich bei der Verletzung des vertraglich bestellten Pfandrechts am Geschäftsanteil einer GmbH¹⁶⁾. Der Geschäftsanteil als Mitgliedschaft der GmbH wird mit dem Betrag der übernommenen Stammeinlage bezeichnet (§ 5 GmbHG)¹⁷⁾. Wie die Aktie ist auch der Geschäftsanteil grundsätzlich frei veräußerlich und vererblich. Er ist daher auch verpfändbar. Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger aber nur das Recht, aus dem verpfändeten Gegenstand nach den hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften Befriedigung zu suchen¹⁸⁾. Eine solche Verpfändung berührt nicht das Stimmrecht des verpfändenden Gesellschafters, weil dieses zu den aus der Mitgliedschaft fließenden Rechten rein sozialrechtlichen Charakters gehört. Als solches ist das Stimmrecht des Gesellschafters gemäß §§ 1274 Abs. 2, 400 BGB nicht verpfändbar. Daher ist der Gesellschafter auch nach der Verpfändung seines Geschäftsanteils weiterhin berechtigt, das Stimmrecht auszuüben. Er kann jedoch durch eine bestimmte Art der Ausübung seines Stimmrechts das an seinem Geschäftsanteil bestellte Pfandrecht verletzen und sich dadurch dem Pfandgläubiger gegenüber nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig machen¹⁹⁾. Nach der Verpfändung seines Geschäftsanteils ist der Gesellschafter verpflichtet, die Interessen des Pfandgläubigers so zu wahren, daß der Geschäftsanteil durch die Geschäftspolitik nicht geschmälert wird. Insbesondere darf der Pfandschuldner in den Gesellschafterversammlungen sich also nicht am Zustandekommen von Beschlüssen beteiligen (§§ 47, 48 GmbHG), die den Wert des verpfändeten Geschäftsanteils beeinträchtigen. Außerdem kann das Pfandrecht am Geschäftsanteil im Rahmen der Geschäftspolitik der GmbH auch durch den Geschäftsführer verletzt werden. Auf diese Weise ist das Pfandrecht also nicht nur

¹⁵⁾ RG SeuffA 66, 192 Nr. 98

¹⁶⁾ Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB

¹⁷⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1954 § 37 II = S. 197 — § 14 GmbHG

¹⁸⁾ RG DJZ 1933, 842

durch den Pfandschuldner selbst, sondern auch durch Dritte verletzbar, da gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu Geschäftsführern Gesellschafter und andere Personen bestellt werden können. Sofern der Geschäftsführer vorsätzlich oder fahrlässig durch eine mangelhafte Geschäftsführung, die der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns widerspricht, den verpfändeten Geschäftsanteil und damit die Sicherheit des bestellten Pfandrechts verletzt, ist er dem Pfandgläubiger zum Schadensersatz verpflichtet. Sobald die GmbH in Konkurs geraten oder aufgelöst ist, beläuft sich der Schadensersatzanspruch auf Wertersatz in Geld.

II. Die gesetzlichen Pfandrechte

1. Die verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte

Sowohl im BGB als auch im HGB und einigen Nebengesetzen gibt es eine Reihe gesetzlicher Pfandrechte. Auf diese kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte finden gemäß § 1257 BGB die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Auch diese gesetzlichen Pfandrechte, die in der Regel an bestimmten Sachen und Rechten des Pfandschuldners bestehen, sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Bei der Verletzung dieser gesetzlichen Pfandrechte ergeben sich jedoch im einzelnen besondere Rechtsfragen.

a) Die gesetzlichen Pfandrechte nach dem BGB ¹⁹⁾

Pfandrecht des aus der Hinterlegung Berechtigten gemäß § 233 BGB.

Nach dieser Vorschrift erwirbt der Berechtigte mit der Hinterlegung ein Pfandrecht an dem hinterlegten Geld oder an den hinterlegten Wertpapieren. Wenn das Geld oder die Wertpapiere in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt ²⁰⁾ übergehen, entsteht ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung.

Pfandrecht des Vermieters gemäß § 559 BGB ²¹⁾.

Der Vermieter eines Grundstücks (Haus, Wohnung ²²⁾, unbebautes Grundstück usw.) hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters, das nach § 49 Abs. 1 Ziff. 2 KO im Konkurs als Absonderungsrecht anerkannt ist.

Pfandrecht des Verpächters gemäß § 585 BGB ²³⁾.

Das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks wirkt gegenüber anderen Gläubigern hinsichtlich des gesamten rückständigen Pachtzinses. Es erstreckt sich auch auf die Früchte des Grundstücks und auf die gemäß § 811 Ziff. 4 ZPO unpfändbaren Sachen, insbesondere auf die Geräte und das Vieh.

Pfandrecht des Pächters am Inventar gemäß § 590 BGB.

Bei der Verpachtung eines Grundstücks mit Inventar, d. h. mit den dem Zweck des Grundstücks dienenden beweglichen Sachen, wie Geschäftseinrichtungen oder landwirtschaftlichen Geräten, hat der Pächter an den Inventar-

¹⁹⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 1257 BGB

²⁰⁾ Nach § 1 Abs. 2 HinterlO sind die Aufgaben der Hinterlegungsstellen den Amtsgerichten übertragen.

²¹⁾ Bei der Verletzung des gesetzlichen Vermieter- und Verpächterpfandrechts ergeben sich einige besondere Probleme, die Rechtsprechung und Schrifttum wiederholt beschäftigt haben. Daher werden das Vermieter- und Verpächterpfandrecht unter § 8 II 3 = S. 78 noch einmal eingehend behandelt.

²²⁾ § 580 BGB

stücken, die in seinen Besitz gelangt sind, ein gesetzliches Pfandrecht für die ihm hinsichtlich des mitgepachteten Inventars gegen den Verpächter zustehenden Forderungen.

Pfandrecht des Werkunternehmers gemäß § 647 BGB.

Der Werkunternehmer hat für alle Forderungen aus dem Werkvertrag ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind. Es handelt sich also um ein Besitzpfandrecht. Dieses gesetzliche Pfandrecht kann auch an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiff entstehen²³⁾.

Pfandrecht des Gastwirts gemäß § 704 BGB.

Der Gastwirt hat ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes, die für alle Forderungen des Gastwirts aus der Beherbergung des Gastes, wie Zimmermiete, Preise der Speisen und Getränke mit Einschluß der Auslagen, haften. Auf dieses Pfandrecht finden die Vorschriften über das Vermieterpfandrecht entsprechende Anwendung.

b) Die gesetzlichen Pfandrechte nach dem HGB²⁴⁾

Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts sind sämtlich Besitzpfandrechte²⁵⁾.

Pfandrecht des Kommissionärs gemäß § 397 HGB.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgut, soweit er es im Besitz hat oder durch ein Traditionspapier, wie Konossement, Lade- oder Lagerschein, darüber verfügen kann, ein gesetzliches Pfandrecht. Dieses gesetzliche Pfandrecht besteht wegen der Forderungen aus dem in Frage stehenden Kommissionsgeschäft, wie wegen der auf das Kommissionsgut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Kommissionsgut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten. Außerdem besteht das Pfandrecht wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften, obwohl hier kein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Forderung und der Pfandsache besteht.

Pfandrecht des Spediteurs gemäß § 410 HGB.

Der Spediteur hat ein gesetzliches Pfandrecht an dem Speditionsgut, solange er es im Besitz hat oder durch Traditionspapier darüber verfügen kann. Das Pfandrecht ist gegeben wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Speditionsgut gegebenen Vorschüsse. Im Gegensatz zum Pfandrecht des Kommissionärs besteht das Pfandrecht des Spediteurs nach § 410 HGB nur wegen konnexer Forderungen, die mit der Versendung des Speditionsgutes zusammenhängen, und nicht auch wegen der Forderungen aus anderen Speditionsgeschäften.

Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen gehen zugunsten des Spediteurs über die Vorschriften des HGB hinaus und sehen insbesondere von dem Erfordernis der Konnexität im Sinne des HGB ab, indem sie das Pfandrecht auch hinsichtlich nichtkonnexer Forderungen gewähren. Nach § 50 Abs. a)

²³⁾ RG 134, 118

²⁴⁾ Capelle, Handelsrecht, 6. Aufl. 1958 § 11 VI b bb = S. 76

²⁵⁾ Capelle, a.a.O.

ADSp²⁶⁾ hat der Spediteur wegen aller fälligen und nichtfälligen Ansprüche, die ihm seinem Auftraggeber gegenüber zustehen, ein Pfandrecht und ein Zurückbehaltungsrecht an den in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Gütern und sonstigen Werten. An sich handelt es sich dabei um eine rechtsgeschäftliche Ergänzung und Erweiterung des gesetzlichen Pfandrechts des Spediteurs, weil die ADSp nicht den Charakter eines Gesetzes haben²⁷⁾. Da die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen aber für allgemein verbindlich erklärt wurden, beherrschen sie die in ihrem Geltungsbereich abgeschlossenen Speditionsverträge unmittelbar, ohne daß noch eine stillschweigende vertragliche Unterwerfung unter sie erforderlich wäre. Insoweit sind die ADSp als Rechtsquelle anerkannt; ihr Inhalt ist objektives Recht²⁸⁾. Daher steht das in § 50 Abs. a) ADSp festgelegte Pfandrecht einem gesetzlichen Pfandrecht gleich.

Pfandrecht des Lagerhalters gemäß § 421 HGB.

Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein gesetzliches Pfandrecht an dem eingelagerten Gut, solange er es im Besitz hat oder durch ein Traditionspapier darüber verfügen kann. Gesichert ist die Forderung des Lagerhalters auf Bezahlung der Lagerkosten.

Im Falle des Orderlagervertrages, bei dem ein Orderlagerschein ausgestellt werden soll, besteht das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters wegen der Lagerkosten auch an der Forderung aus einer Feuerversicherung (§ 22 OLSchVO)²⁹⁾.

§ 22 Abs. 2 OLSchVO enthält eine Einschränkung der absoluten Wirkung des Pfandrechts³⁰⁾. Wenn nämlich der Lagerschein durch Indossament übertragen ist, so besteht das Pfandrecht dem legitimierten Besitzer des Lagerscheines gegenüber nur wegen der Lagerkosten, die aus dem Lagerschein ersichtlich sind oder ihm bei Erwerb des Lagerscheins bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt waren.

Pfandrecht des Frachtführers gemäß § 440 HGB.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein gesetzliches Pfandrecht an dem Frachtgut. Das Pfandrecht besteht nicht nur, solange der Frachtführer das Gut im Besitz hat oder mittels Traditionspapiers darüber verfügen kann, sondern noch drei Tage über die Ablieferung hinaus, muß aber innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht werden (§ 440 Abs. 3 HGB — „Folgerecht“). Diese Bestimmung enthält eine Ausnahmenvorschrift zu § 1253 BGB, wonach das Pfandrecht durch die Pfandrückgabe erlischt. Voraussetzung für die Wirkung des Folgerechts ist jedoch, daß der Pfandschuldner bei Klagerhebung noch im Besitz des Frachtgutes ist.

Pfandrecht der Eisenbahn gemäß § 457 HGB.

Für das gesetzliche Pfandrecht, das der Eisenbahn wegen der Fracht und der sonstigen Ansprüche aus dem Beförderungsvertrag zusteht, gelten die gleichen

²⁶⁾ Anordnung über verbindliche Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp) — Erlaß des Reichsverkehrsministers vom 29. 12. 1939
Handelsgesetzbuch Textausgabe (Beck) 46. Aufl. 1958 Nr. 4

Baumbach-Duden, 13. Aufl. 1959 Anh. nach § 415 HGB

²⁷⁾ Schlegelberger-Schröder, 3. Aufl. 1957 Anm. V 18 zu § 410 HGB, Anh. zu §§ 407—415 HGB

²⁸⁾ H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 7. Aufl. 1952 § 3 VII = S. 25/26

²⁹⁾ Verordnung über Orderlagerscheine vom 16. 12. 1931 (RGBl. I 763)

³⁰⁾ Capelle, Handelsrecht, 3. Aufl. 1954 § 15 V = S. 107

Vorschriften wie für das Pfandrecht des gewöhnlichen Frachtführers (§§ 457, 440 HGB).

Gesetzliche Pfandrechte des Seehandels

Pfandrecht des Verfrachters bei der Beförderung von Gütern gemäß § 623 HGB.

Der Verfrachter hat bei der Beförderung von Gütern zur See gegen Entgelt (Seefrachtgeschäft) wegen aller Forderungen aus dem Frachtvertrag ein gesetzliches Pfandrecht an den Gütern. Gesichert sind nach §§ 623, 614 HGB die Fracht nebst Nebengebühren sowie etwaiges Liegegeld, ausgelegte Zölle und übrige Auslagen. Das Pfandrecht besteht, solange die Güter zurückbehalten oder hinterlegt sind. Es dauert auch nach der Ablieferung des Gutes noch 30 Tage fort, wenn es innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitz des Empfängers ist (§ 623 Abs. 2 HGB — „Folgerecht“).

Pfandrecht des Reeders bei der Beförderung von Reisenden gemäß § 674 HGB.

Der Verfrachter hat beim Seepassagevertrag wegen des Überfahrtgeldes an den von dem Reisenden an Bord gebrachten Sachen ein gesetzliches Pfandrecht. Das Pfandrecht besteht jedoch nur, solange die Sachen zurückbehalten oder hinterlegt sind.

Pfandrecht des Vergütungsberechtigten bei der großen und besonderen Haverei gemäß § 725 HGB.

Die Vergütungsberechtigten haben im Falle der Haverei wegen der von dem Schiff und der Fracht zu entrichtenden Beiträge ein gesetzliches Pfandrecht am Schiff und den einzelnen Gütern. Große Haverei sind dabei nach § 700 HGB alle Schäden, die dem Schiff oder der Ladung zum Zweck der Errettung aus einer gemeinsamen Gefahr von dem Schiffer vorsätzlich zugefügt werden, sowie die durch solche Maßnahmen ferner verursachten Schäden und Kosten. Die große Haverei wird, weil sie zur Rettung von Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr gemacht wird, von Schiff und Ladung gemeinsam getragen (§ 700 Abs. 2 HGB).

Hinsichtlich des Anspruchs gegenüber dem Schiff haben die Berechtigten die Stellung von Schiffsgläubigern. Das gesetzliche Pfandrecht an den Frachtgütern kann auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 725 S. 3 HGB nach der Auslieferung der Güter nicht zum Nachteil des dritten Erwerbers, der den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, geltend gemacht werden. Der Schiffer darf jedoch Güter, auf denen Havereibeiträge haften, vor der Berichtigung oder Sicherstellung nicht ausliefern. Bei Verletzung dieser Vorschrift haftet er, unbeschadet der Haftung der Güter, für die Beiträge persönlich (§ 731 HGB).

Pfandrecht auf Grund Bergung und Hilfeleistung gemäß § 751 HGB.

Die Gläubiger der Bergungs- und Hilfskosten, insbesondere des Berge- und Hilfslohnes haben wegen dieser Ansprüche ein Pfandrecht an den geborgenen oder geretteten Gegenständen. Dabei versteht man unter Bergung die Rettung eines verlassenen Schiffes oder der Ladung von Dritten aus einer Seenot und unter Hilfeleistung die Rettung eines noch bemannten Schiffes (§ 740 HGB). Durch das gesetzliche Pfandrecht wird der Anspruch des Dritten auf einen den Umständen nach angemessenen Berge- oder Hilfslohn gegen den Eigentümer der geretteten Gegenstände (Schiff und Ladung) gesichert.

Pfandrecht der Schiffsgläubiger gemäß § 755 HGB.

Die Schiffsgläubiger haben ein gesetzliches Pfandrecht an dem Schiff nebst Zubehör. Bestimmte Forderungen gewähren gemäß § 754 HGB die Rechte eines Schiffsgläubigers:

- aa) die öffentlichen Schiffs- und Hafenabgaben,
- bb) die Lohnansprüche der Schiffsbesatzung aus Dienst- und Heuerverträgen,
- cc) die Lotsengelder sowie der Berge- und Hilfslohn,
- dd) die Beiträge des Schiffes zur großen Haverei,
- ee) die Forderungen wegen Nichtablieferung oder Beschädigung der Ladungsgüter,
- ff) die Forderungen aus Rechtsgeschäften, die der Schiffer kraft seiner gesetzlichen Vollmacht abgeschlossen hat,
- gg) die Forderungen, die sich auf das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung begründen,
- hh) die Forderungen der Sozialversicherungsträger.

Gegenstand des Pfandrechts ist neben Schiff und Zubehör die Bruttofracht der einzelnen Reise, aus der die in Frage stehende Forderung entstanden ist. Wegen der Lohnforderungen steht der Schiffsbesatzung das gesetzliche Pfandrecht an der Fracht sämtlicher Reisen zu, die unter denselben Heuervertrag fallen (§§ 756—758 HGB). Verfolgbar ist das Pfandrecht gemäß § 755 Abs. 2 HGB gegen jeden Besitzer des Schiffes. Es kann also nicht kraft guten Glaubens eines Erwerbers des Schiffes erlöschen. Das Pfandrecht geht sämtlichen im Schiffsregister eingetragenen Schiffshypotheken vor.

c) Die gesetzlichen Pfandrechte in Nebengesetzen

Gesetzliche Pfandrechte nach dem Binnenschiffahrtsgesetz³¹⁾

Die Vorschriften des BinnenSchG über gesetzliche Pfandrechte entsprechen in der Regel den Bestimmungen des HGB über den Seehandel.

Pfandrecht des Schiffers gemäß § 77 Abs. 2 BinnenSchG.

Der Schiffer hat wegen des Frachtgeldes ein gesetzliches Pfandrecht an dem Gepäck, solange es zurückbehalten oder hinterlegt ist. Gemäß § 77 Abs. 2 BinnenSchG sind die Vorschriften über das Pfandrecht des Frachtführers entsprechend anwendbar.

Pfandrecht des Vergütungsberechtigten bei der Haverei gemäß § 89 BinnenSchG.

Die Vergütungsberechtigten haben im Falle der Haverei wegen der von dem Schiff zu entrichtenden Beiträge ein gesetzliches Pfandrecht an dem Schiff nebst Zubehör (§§ 89 Abs. 1, 102, 103 BinnenSchG). Sie haben die Stellung von Schiffsgläubigern.

Auch hinsichtlich der beitragspflichtigen Güter steht dem Vergütungsberechtigten an den einzelnen Gütern wegen des von diesen zu entrichtenden Beitrages gemäß § 89 Abs. 2 BinnenSchG ein gesetzliches Pfandrecht zu. Nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 89 Abs. 2 S. 2 BinnenSchG kann das Pfandrecht nach der Auslieferung der Güter nicht zum Nachteil des dritten Erwerbers, welcher den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, geltend gemacht werden.

³¹⁾ Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse in der Binnenschifffahrt vom 15. 6. 1895 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 (RGBl. 868)
Vortisch-Zschucke, Binnenschifffahrts- und Flößereirecht, 2. Aufl. 1952
Laun-Lindenmaier, Schifffahrtsrecht, Textsammlung 1953 Bd. I Nr. 61

Pfandrecht auf Grund Bergung und Hilfeleistung gemäß § 97, Binnen-SchG.

Die Gläubiger haben wegen der Bergungs- und Hilfskosten einschließlich des Berge- und Hilfslohns im Falle der Rettung des Schiffes ein gesetzliches Pfandrecht an dem Schiff nebst Zubehör (§§ 97 Abs. 1, 102, 103 BinnenSchG). Sie haben die Stellung von Schiffsgläubigern.

Im Falle der Rettung von Gütern steht den Gläubigern das gesetzliche Pfandrecht an den Gütern zu.

Pfandrecht der Schiffsgläubiger gemäß § 103 BinnenSchG.

Die Schiffsgläubiger haben an dem Schiff nebst Zubehör ein gesetzliches Pfandrecht. Die gleichen Forderungen wie im Seehandel gewähren auch nach dem BinnenSchG die Stellung eines Schiffsgläubigers (§ 102 BinnenSchG). Das Pfandrecht ist gegen jeden dritten Besitzer des Schiffes verfolgbar. Nach § 104 BinnenSchG erstreckt sich das Pfandrecht der Schiffsgläubiger außerdem auf die Bruttofracht derjenigen Frachtfahrt, aus der ihre Forderung entstanden ist. Es ist so lange wirksam, als die Fracht noch aussteht oder die Frachtgelder in den Händen des Schiffers sind (§ 112 BinnenSchG). Dies gilt auch bei einer Abtretung der Frachtforderung.

Gesetzliche Pfandrechte nach dem Flößereigesetz ³²⁾

Pfandrecht am Floß gemäß § 22 Abs. 2 FlößereiG.

Für Beschädigungen, die durch das Verschulden des Floßführers oder einer Person der Floßmannschaft mittels des Floßes verursacht werden, haftet der Eigentümer mit dem Floß. Dem Entschädigungsberechtigten steht wegen seines Anspruchs ein Pfandrecht an dem Floß zu. Dieses Pfandrecht ist, solange das gefloßte Holz noch ein geschlossenes Floß bildet, gegen jeden Besitzer verfolgbar. In § 22 Abs. 2 S. 3 FlößereiG wird ausdrücklich hervorgehoben, daß das Pfandrecht nach diesem Zeitpunkt nicht zum Nachteil eines dritten Erwerbers, der den Besitz in gutem Glauben erlangt hat, geltend gemacht werden kann.

Pfandrecht auf Grund Bergung und Hilfeleistung gemäß § 28 FlößereiG.

Ebenso wie im Seehandel und bei der Binnenschifffahrt steht dem Gläubiger an den geborgenen und geretteten Gegenständen ein gesetzliches Pfandrecht zu. Im übrigen finden auf dieses Pfandrecht wegen des Berge- und Hilfslohns die Vorschriften über das Pfandrecht am Floß entsprechende Anwendung (§§ 28 Abs. 2, 22 Abs. 2 FlößereiG).

Gesetzliches Pfandrecht nach dem Düngemittelsicherungsgesetz ³³⁾

Pfandrecht für Lieferung von Dünger und Saatgut gemäß § 1 DüngemittelSichG.

Der Lieferant von Düngemitteln und anerkanntem Saatgut oder von zugelassenem Handelssaatgut — mit Ausnahme von Zuckerrübensamen —, die im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsweise nach dem 31. Juli zur Steige-

³²⁾ Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei vom 15. 6. 1895 (RGBl. 341) Vortisch-Zschucke, Binnenschifffahrts- und Flößereirecht, 2. Aufl. 1952

³³⁾ Gesetz zur Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung vom 19. 1. 1949 (WiGBl. 8) mit Verlängerung vom 30. 7. 1951 (BGBl. I 476)

rung des Ertrages der nächsten Ernte landwirtschaftlicher Grundstücke beschafft und verwendet worden sind, hat ein gesetzliches Pfandrecht an den in dieser Ernte anfallenden Früchten, auch wenn die Früchte noch nicht vom Grundstück getrennt worden sind. Gesichert sind die Ansprüche aus der Lieferung an den Eigentümer, Eigenbesitzer, Nutznießer oder Pächter landwirtschaftlicher Grundstücke. Dieses gesetzliche Pfandrecht an Früchten auf dem Halm bildet eine Ausnahme von dem in § 93 BGB niedergelegten Grundsatz, daß an wesentlichen Bestandteilen keine selbständigen Rechte, also auch keine Pfandrechte, begründet werden können.

Das gesetzliche Pfandrecht an Früchten auf dem Halm besteht nach § 1 Abs. 2 DüngemittelSichG auch für Ansprüche aus Darlehen zur Bezahlung derartiger Lieferungen.

Das Pfandrecht des Gläubigers erlischt mit der Entfernung der ihm unterliegenden Früchte von dem Grundstück, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Gläubigers erfolgt. Zulässig ist die Entfernung im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsweise, wenn die zurückbleibenden Früchte zur Sicherung des Gläubigers ausreichen. Sofern die mit dem Pfandrecht belasteten Früchte ohne Wissen oder unter Widerspruch des Gläubigers entfernt worden sind, kann dieser die Zurückschaffung auf das Grundstück verlangen. Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nach dem der Gläubiger von der Entfernung Kenntnis erlangt hat, wenn er nicht vorher seinen Anspruch gerichtlich geltend gemacht hat. Auf jeden Fall erlischt es ohne vorherige gerichtliche Geltendmachung mit dem 1. April des auf die Ernte folgenden Jahres (§§ 2, 4 DüngemittelSichG).

2. Die Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts

Verletzt wird das gesetzliche Pfandrecht durch jeden Eingriff in die Sache oder das Recht, welches Gegenstand der Belastung ist. Diese Verletzung kann durch den Eigentümer der Pfandsache selbst oder jeden außenstehenden Dritten erfolgen.

Wenn das gesetzliche Pfandrecht durch den Eigentümer verletzt wird, entsteht für den Pfandgläubiger neben der durch das gesetzliche Pfandrecht gesicherten Forderung auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Der Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung kann für den Pfandrechtsinhaber insofern von Bedeutung sein, als für ihn gemäß § 32 ZPO ein besonderer Gerichtsstand und gemäß § 852 BGB unter Umständen eine längere Verjährungsfrist gegeben ist. Allerdings ist dieser Schadensersatzanspruch nicht in erster Linie auf Bezahlung der gesicherten Forderung gerichtet, sondern auf Wiederherstellung desjenigen Zustandes, der ohne die Pfandrechtsverletzung bestanden haben würde (§ 249 BGB).

Bei den Möglichkeiten der Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts muß man unterscheiden, ob es sich um ein besitzgebundenes oder ein besitzloses Pfandrecht handelt. Besitzpfandrechte sind namentlich das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers nach § 647 BGB sowie die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts³⁴⁾. Da in diesen Fällen der Pfandgläubiger die belastete Sache bereits in Besitz hat, kann sein Pfandrecht nur dadurch verletzt werden, daß ihm der Besitz an der Sache entzogen oder die in seinem Besitz befindliche Sache beschädigt oder zerstört wird. Außer der dinglichen Klage auf Herausgabe nach §§ 1227, 985 BGB hat der Pfandgläubiger einen Schadensersatzanspruch, der auf Wiederherstellung der beschädigten Sache bzw. Geldersatz gerichtet ist (§§ 249, 251 BGB).

³⁴⁾ Capelle, Handelsrecht, 3. Aufl. 1954 S. 76

Eine weitere Besonderheit der besitzgebundenen Pfandrechte besteht darin, daß sie gutgläubig erworben werden können. Für die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts ergibt sich dies unmittelbar aus § 366 Abs. 3 HGB. Nach dieser Vorschrift sind die gesetzlichen Pfandrechte des HGB hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs dem Vertragspfandrecht gleichgestellt. Da § 366 Abs. 3 HGB, der auch für den dort versehentlich nicht erwähnten Verfrachter gelten muß³⁵⁾, sogar den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis genügen läßt, muß diese Vorschrift erst recht für den guten Glauben an das Eigentum gelten. Für die gesetzlichen Pfandrechte nach dem BGB ist die Frage auch hinsichtlich der besitzgebundenen Pfandrechte streitig³⁶⁾. Sie ist jedoch zu bejahen, weil die Interessenlage die gleiche ist wie bei den gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechts. Unangebracht ist die bloße Wortinterpretation des § 1257 BGB, der davon spricht, daß die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes „entstandenes Pfandrecht“ entsprechende Anwendung finden³⁷⁾. Nach dieser Auffassung wären die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auf das gesetzliche Pfandrecht nicht anwendbar. Vielmehr aber ist es so, daß die Bestimmungen der §§ 932 ff. BGB über den gutgläubigen Erwerb es jeweils darauf abstellen, ob die betreffende Sache dem Erwerber übergeben worden ist oder nicht. Dieselben Grundsätze müssen für den gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Pfandrechte gelten. Wenn demnach zur Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts die Übergabe der betreffenden Sache nötig ist, es sich also um besitzgebundene Pfandrechte handelt, wie bei dem gesetzlichen Pfandrecht des Werkunternehmers nach § 647 BGB und des Pächters nach § 590 BGB, wird es ebenso wie die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts auch bei Nichteigentum des Vertragspartners vom Gutgläubigen erworben. Es kann deshalb auch der Eigentümer eines Gegenstandes, der von der gutgläubigen Entstehung des Besitzpfandrechts nichts weiß, dieses verletzen. Allerdings sind bei der Frage des Verschuldens die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze über den Irrtum zu berücksichtigen³⁸⁾.

Schließlich kann ein besitzgebundenes gesetzliches Pfandrecht in den Fällen der §§ 440 Abs. 3 und 623 Abs. 2 HGB auch dann verletzt werden, wenn der Pfandgläubiger die belasteten Sachen zwar nicht mehr in Besitz hat, aber das sogenannte Folgerecht noch besteht. Es kann also das gesetzliche Pfandrecht auch nach Ablieferung der Pfandsache durch den Frachtführer oder Verfrachter innerhalb 3 bzw. 30 Tagen durch Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung des abgelieferten Frachtgutes verletzt werden³⁹⁾.

Andere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Verletzung besitzloser Pfandrechte. Hierhin gehören namentlich die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters und Verpächters, deren Verletzung aber wegen der für sie besonderen Probleme in der folgenden Ziffer getrennt behandelt wird⁴⁰⁾. Verletzt wird das besitzlose gesetzliche Pfandrecht dadurch, daß der Eigentümer der Pfandsache oder ein Dritter sie während des Bestehens der Pfandhaft beschädigt oder zerstört. Außerdem liegt in jeder Entziehung der belasteten Sache aus der Pfandhaft eine Verletzung des

³⁵⁾ Capelle, Handelsrecht, 3. Aufl. 1954 S. 77

³⁶⁾ Die heute herrschende Meinung ist für den gutgläubigen Erwerb gesetzlicher Besitzpfandrechte: Palandt-Hoche, Otto von Gierke, M. Wolff, Staudinger-Kober, Julius von Gierke, Düringer-Hachenburg, Baumbach-Duden, Enneccerus-Lehmann, Esser, Westermann, OLG Celle JR 1952, 211 und NJW 1953, 1470

A. A.: Planck-Flad, RGRKom., Münzel MDR 1952, 643

³⁷⁾ Palandt, Anm. 2 zu § 1257 in den älteren Auflagen

³⁸⁾ RG 73, 333 = siehe oben S. 50/51

³⁹⁾ Siehe oben S. 72/73

⁴⁰⁾ Siehe unten S. 78

gesetzlichen Pfandrechts, da es dadurch zum Erlöschen gebracht wird. Die gesetzliche Regelung der einzelnen besitzlosen Pfandrechte sieht jeweils genau vor, unter welchen Umständen die mit dem Pfandrecht belasteten Sachen der Pfandhaft nicht mehr unterliegen, diese also erlischt. In jeder vorsätzlichen oder fahrlässigen Herbeiführung dieser Umstände liegt somit eine Verletzung des besitzlosen Pfandrechts. Es gehören hierher folgende Fälle: Der Reisende entfernt sein Gepäck heimlich vom Schiff, ohne das Überfahrtgeld bezahlt zu haben; der Floßführer zerlegt das Floß, obwohl es wegen eines von ihm verursachten Schadens mit einem gesetzlichen Pfandrecht belastet ist; der Bauer entfernt Früchte von seinem Grundstück, die einem gesetzlichen Pfandrecht für Lieferung von Dünger und Saatgut unterliegen. Haftbar wegen Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts ist in diesen Fällen nicht nur der Eigentümer, sondern gemäß §§ 830, 840 BGB auch jeder Dritte, der als Anstifter oder Gehilfe an der Tat beteiligt ist und dadurch dem Täter bei der Verletzung des Pfandrechts geholfen hat.

Ein Gutgläubensschutz ist nicht möglich, da die besitzlosen Pfandrechte entstehen, ohne daß der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsachen erlangt. Für das Pfandrecht des Vergütungsberechtigten bei der Haverei gemäß § 22 Abs. 2 FlößereiG ist ausdrücklich bestimmt, daß das Pfandrecht nicht zum Nachteil eines dritten Erwerbers, der den Besitz im guten Glauben erlangt hat, geltend gemacht werden kann⁴¹⁾.

Das Pfandrecht des Vergütungsberechtigten bei der Haverei gemäß § 725 HGB kann durch den Schiffer dadurch nicht verletzt werden, daß er Güter, die mit diesem Pfandrecht belastet sind, vor der Entrichtung der Havereibeiträge ausliefert, obwohl dadurch diese Güter der Pfandhaft entzogen werden. Denn gemäß § 731 Abs. 1 HGB ist er in diesem Fall, unbeschadet der Haftung der Güter, für die Beiträge persönlich verantwortlich. Wegen dieser speziellen Regelung des Schadensersatzanspruches gegenüber dem Schiffer ist für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts kein Raum mehr. Die Spezialvorschrift des § 731 HGB geht dem allgemeinen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung vor und verdrängt ihn.

3. Die Verletzung des Vermieter- und Verpächterpfandrechts

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters erlischt gemäß § 560 S. 1 BGB mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Wenn die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernt worden sind, kann er nach § 561 Abs. 2 BGB die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen. Das Pfandrecht an den heimlich oder gegen den berechtigten Widerspruch des Vermieters entfernten Sachen erlischt, sofern der Vermieter den Anspruch auf Herausgabe der Sachen nicht binnen einem Monat seit Kenntnis der Entfernung der Sachen gerichtlich geltend macht.

Der Mieter und jeder außenstehende Dritte, der die mit dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht belasteten Sachen aus den gemieteten Räumen heimlich oder unter Widerspruch des Vermieters wegschafft, begeht wegen dieser Rechtsverletzung eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Sie sind dem Vermieter zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch ist gemäß § 249 BGB in erster Linie auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und somit auf Zurückschaffung der entfernten Sachen in die vorher ge-

⁴¹⁾ § 89 Abs. 2 S. 2 BinnenSchG; § 22 Abs. 2 S. 3 FlößereiG

mieteten Räume gerichtet. Diese Zurückschaffung kann der Vermieter jedoch nicht nach §§ 823 Abs. 1, 249 BGB verlangen, da der Anspruch des Vermieters auf Herausgabe und Überlassung des Besitzes der Sachen in § 561 Abs. 2 S. 1 BGB speziell und abschließend geregelt ist. Durch diese Sonderregelung im Mietrecht wird die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 823 BGB ausgeschlossen.

Der Ablauf der Monatsfrist nach § 561 Abs. 2 S. 2 BGB bringt das Pfandrecht des Vermieters und damit auch seine aus dieser Bestimmung herrührende Klagebefugnis zum Erlöschen. Nach diesem Zeitpunkt kann er daher nicht mehr die Zurückschaffung der entfernten Sachen gemäß § 561 BGB verlangen, da sein Klage-recht mit dem Ablauf der Ausschlussfrist erloschen ist⁴²⁾. Streitig ist die Frage, ob nach dem Ablauf der Erlöschensfrist des § 561 Abs. 2 S. 2 BGB noch ein Anspruch wegen unerlaubter Handlung aus § 823 Abs. 1 BGB bestehen kann⁴³⁾. Nach der überwiegend herrschenden Meinung schließt der Fristablauf nicht aus, daß der Vermieter von dem Mieter oder dem dritten Besitzer wegen schuldhafter Verletzung des Pfandrechts als sonstigen Rechts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gegebenenfalls Schadensersatz verlangen kann. Dabei sei allerdings seine schuldhaftes Säumnis nach § 254 BGB als Mitverschulden zu berücksichtigen⁴⁴⁾. Grundsätzlich beziehe sich die Monatsfrist auf Schadensersatzansprüche des Vermieters überhaupt nicht. Nach dieser Auffassung machen sich der Mieter und jeder Dritte, der von diesem Sachen kauft, die dem Vermieterpfandrecht unterliegen, oder anderweitig beiseite schafft, gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Pfandrechts schadensersatzpflichtig, auch wenn dieser Anspruch nicht innerhalb der Frist des § 561 Abs. 2 BGB geltend gemacht wird. Gemäß §§ 249, 251 BGB müßten der Mieter und der beteiligte Dritte auch dann noch die vorhandenen Sachen und den Erlös für die übrigen herausgeben.

Zur Begründung für diese Ansicht wird angeführt, daß der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand die Fortschaffung der Sachen sei⁴⁵⁾. Der Schaden sei nicht ausschließlich durch das Erlöschen des Pfandrechts wegen Fristablaufs entstanden. Die Vorschrift des § 561 BGB habe nur die Bedeutung, daß nach Ablauf der Frist an den Sachen ein Erwerb in bösem Glauben nicht mehr möglich sein könnte, selbst wenn der Erwerber das Vermieterpfandrecht noch für bestehend hält, etwa weil er nicht weiß, daß die Frist abgelaufen ist, er sich also für bösgläubig hält⁴⁵⁾. Gutgläubigen Erwerbern gegenüber gelte das Pfandrecht gemäß §§ 1227, 936 BGB ohnehin nicht; bösgläubigen Erwerbern gegenüber brauche es nicht verfolgt zu werden, da der Vermieter mit der Klage auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB bequemer gleich zum Erlöse, der für die Pfandsachen erzielt worden ist, und soweit die Pfandstücke noch vorhanden seien, wieder in deren Besitz komme. Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden, da die Bedeutung des § 561 Abs. 2

⁴²⁾ Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 3 b) zu § 561 BGB

⁴³⁾ Dafür, daß nach Fristablauf noch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bestehen kann:

Pignol, Zum Pfandrecht des Vermieters DJZ 1901, 504; Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB, 2. Aufl. 1902 S. 114 N. 1; Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 3. Aufl. 1913 § 84 III 11 = S. 543; RG 98, 345; RG 119, 265 = Recht 1928, 73 Nr. 280; Oertmann, 4. Aufl. 1929 Anm. 4a zu § 561 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 3 zu § 561 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1953 Anm. 3 zu § 561 BGB; Staudinger-Kiefersauer, 11. Aufl. 1955 Anm. III 3 e Rn. 9 zu § 561 BGB; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 131 III = S. 531; Achilles-Greifff, 21. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 561 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 561 BGB

Gegen die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nach Fristablauf:

Goldmann-Lillienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch systemat. dargestellt, 2. Aufl. 1903 Bd. I S. 572 N. 5; Oertmann, 3. Aufl. 1910 Anm. 4a zu § 561 BGB; Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, 10. Aufl. 1914 § 56 3 k = S. 414

⁴⁴⁾ Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 131 III = S. 531

⁴⁵⁾ Pignol, Zum Pfandrecht des Vermieters DJZ 1901, 504

BGB nicht lediglich darin bestehen kann, einen bösgläubigen Erwerber nach dem Ablauf einer Monatsfrist in dem Bestand eines unrechtmäßig erlangten Rechts zu schützen. Vielmehr liegt die Aufgabe dieser Vorschrift darin, den Rechtsfrieden zu sichern und dafür zu sorgen, daß die Ansprüche zwischen Mieter und Vermieter möglichst bald abgewickelt werden. Dafür spricht auch die Tatsache, daß gemäß § 200 Abs. 2 Ziff. 4 GVG Mietstreitigkeiten, insbesondere wegen Zurückhaltung der von dem Mieter in die Mieträume eingebrachten Sachen, kraft Gesetzes Ferien-sachen sind. Außerdem ist § 561 BGB eine Schutzvorschrift für den Vermieter, die es ihm ermöglicht, das Pfandrecht zur Sicherung seiner Ansprüche auch nach der Entfernung der eingebrachten Sachen aus dem Mietgrundstück geltend zu machen. Um diesen Schutz des Vermieters nicht unbegrenzt auszudehnen, hat das Gesetz die einmonatige Ausschußfrist bestimmt. Schließlich kann die durchaus zweifel-hafte Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB gegenüber der Bestimmung des § 561 Abs. 2 BGB nicht damit begründet werden, daß es bequemer sei, über die Schadensersatz-klage aus unerlaubter Handlung wieder in den Besitz der entfernten Pfandstücke zu gelangen als über die Klage nach den Vorschriften des Mietrechts. Diese Be-gründung verkennt die Problematik des Verhältnisses der §§ 823, 561 BGB und spricht im Gegenteil gegen eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nach Ablauf der Monatsfrist.

Weiterhin wird zur Begründung der herrschenden Meinung ausgeführt, daß die unerlaubte Handlung mit der Fortschaffung der eingebrachten Sachen vom Miet-grundstück vollendet sei und der ursächliche Zusammenhang zwischen der Fort-schaffung und dem durch sie herbeigeführten Schaden nicht dadurch aufgehoben werden könne, daß der Vermieter es unterläßt, sein Pfandrecht gerichtlich geltend zu machen ⁴⁶⁾. Die Ausübung oder Nichtausübung des Vermieter- bzw. Verpächter-pfandrechts habe mit dem Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nichts zu tun. Dem steht aber entgegen, daß § 561 Abs. 2 BGB gerade den Sinn hat, die Geltendmachung der Ansprüche aus dem Vermieterpfandrecht zeitlich zu begren-zen. Auf das Verhältnis der beiden Vorschriften wird dabei überhaupt nicht ein-gegangen. Der Umstand, daß der Vermieter die Schadensersatzklage erst nach Ablauf der einmonatigen Ausschußfrist des § 561 Abs. 2 S. 2 BGB erhoben hat, kann nach der herrschenden Meinung vielmehr nur gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 BGB Berücksichtigung finden. Demnach wäre also in jedem einzelnen Fall die Frage zu prüfen, ob nicht in der Versäumung der Frist ein Mitverschulden des Vermieters liegt ⁴⁷⁾. Sein Mitverschulden würde dann darin liegen, daß er es schuldhaft ver-säumt hat, durch gerichtliche Verfolgung des Pfandrechts den Schaden zu heilen oder zu mindern ⁴⁸⁾. Die Beweislast treffe dabei den Ersatzpflichtigen. Wenn der Vermieter sein Recht schuldhaft oder doch in Kenntnis der Sachlage durch Zeit-ablauf erlöschen lasse, so sei der Schaden weniger durch das Benehmen des Mieters als durch sein eigenes Verhalten entstanden, wodurch die Anwendung des § 254 BGB auf seinen etwaigen Ersatzanspruch gerechtfertigt sei ⁴⁹⁾. Jedoch auch in dieser Hinsicht ist der herrschenden Meinung nicht zu folgen, weil der Anspruch in jedem Fall auf Rücschaffung der entfernten Pfandstücke gerichtet gewesen wäre. Durch den Ablauf der Monatsfrist hat sich dieser Schaden nicht vergrößert, sondern ist der gleiche geblieben. Darum wird nach Mittelstein ⁵⁰⁾ der Mieter oder der beteiligte Dritte dem Vermieter nur unter ganz besonderen Umständen entgegenhalten kön-

⁴⁶⁾ RG 98, 345

⁴⁷⁾ Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 3 zu § 561 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1953 Anm. 3 zu § 561 BGB; Staudinger-Kiefersauer, 11. Aufl. 1955 Anm. III 3 e Rn. 9 zu § 561 BGB

⁴⁸⁾ RG 98, 345

⁴⁹⁾ Oertmann, 4. Aufl. 1929 Anm. 4 a zu § 561 BGB

⁵⁰⁾ Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 3. Aufl. 1913 § 84 III 11 = S. 543

nen, daß dieser den Schaden dadurch mitverursacht habe, daß er die Pfandklage nicht rechtzeitig erhoben habe, während Oertmann⁵¹⁾ regelmäßig den § 254 BGB zugunsten des Beklagten Platz greifen lassen will.

Die in Schrifttum und Rechtsprechung herrschende Meinung verkennt indes das zwischen den §§ 823 Abs. 1 und 561 Abs. 2 BGB bestehende Verhältnis. Nach beiden Vorschriften kann der Vermieter von dem Mieter und jedem Dritten, der die entfernten Pfandstücke im Besitz hat, deren Zurückschaffung auf das Mietgrundstück verlangen. Das Ergebnis ist also bei beiden Bestimmungen das gleiche. Infolgedessen verdrängt die Sonderregelung des § 561 BGB aus dem speziellen Mietrecht den Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB aus dem allgemeinen Gebiet der unerlaubten Handlung. Wenn der Vermieter auch nach Ablauf der einmonatigen Ausschußfrist des § 561 Abs. 2 S. 2 BGB noch einen Zurückschaffungsanspruch gegen den Mieter hätte gemäß § 823 Abs. 1 BGB, dann wäre es vom Gesetzgeber sinnlos gewesen, diese Frist überhaupt zu setzen. Allein mit dem Hinweis auf § 254 BGB läßt sich dieses Problem nicht umgehen. Es ist nicht möglich, die in § 561 Abs. 2 S. 2 BGB gesetzte Ausschußfrist dadurch umgehen zu wollen, daß man nach deren Ablauf bedenkenlos einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Vermieterpfandrechts bestehen läßt, der zum gleichen Ergebnis führt wie die Anwendung des § 561 BGB, die nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers mit Fristablauf aber gerade ausgeschlossen sein soll. Der Fristablauf hat das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge. Der Vermieter wird dann so behandelt, als ob er der Fortschaffung zugestimmt und auf sein Schutzrecht verzichtet hätte. Deshalb kann er jetzt die Rückschaffung auch nicht von einem bösgläubigen Erwerber verlangen, noch weniger ist der Mieter dazu verpflichtet. Folglich ist in einem solchen Fall auch ein Dritter, der dem Mieter bei der Entfernung der Sachen geholfen hat, nicht mehr aus § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig⁵²⁾.

Dadurch wird auch der einzige Unterschied, der zwischen §§ 561 und 823 BGB besteht, gegenstandslos, nachdem die einmonatige Ausschußfrist abgelaufen ist. Das Klagerecht aus § 561 Abs. 2 BGB besteht nicht nur gegenüber dem Mieter, sondern auch gegenüber jedem Dritten, der Besitzer der Sachen geworden ist⁵³⁾. Lediglich wenn die Sachen an einen gutgläubigen Dritten weitergegeben worden sind, ist die Ausübung des Vermieterpfandrechts nicht mehr möglich, weil dieser gemäß §§ 929, 936 BGB unbelastetes Eigentum erworben hat. In diesem Fall läßt sich der Klageanspruch nicht auf § 561 Abs. 2 BGB stützen. Trotzdem kann aber auch jetzt kein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gegeben sein, weil mit dem Ablauf der Monatsfrist der Vermieter nicht einmal die Rückschaffung von einem bösgläubigen Besitzer verlangen kann. Er darf deshalb folgerichtig auch keinen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten haben, der die Pfandstücke einmal im Besitz hatte und dann an einen Gutgläubigen weiterveräußert hat. Dieser darf nicht schlechter stehen als ein bösgläubiger Besitzer der Pfandstücke. Die entgegengesetzte Entscheidung des OLG Hamburg, die den Rückschaffungsanspruch gegenüber Dritten wegen verschleppter Illaten des Mieters auf § 823 Abs. 1 BGB stützt, nachdem § 561 Abs. 2 BGB nicht zutraf, ist daher nicht zutreffend⁵⁴⁾.

Im Ergebnis kommt Goldmann-Lilienthal⁵⁵⁾ zu dem gleichen Resultat, jedoch vermag die dort gegebene Begründung nicht zu überzeugen. Es heißt nämlich, daß, wenn das Pfandrecht infolge des Fristablaufs einmal erloschen sei, auf Grund dieses

⁵¹⁾ Oertmann, 4. Aufl. 1929 Anm. 4 a zu § 561 BGB ebenso wie in der Voraufgabe

⁵²⁾ Niendorff, Mietrecht nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, 10. Aufl. 1914 § 56 3 k = S. 414

⁵³⁾ Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 a zu § 561 BGB

⁵⁴⁾ OLG Hamburg 20, 280

⁵⁵⁾ Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch systemat. dargestellt, 2. Aufl. 1903 Bd. I S. 572 N. 5

nicht mehr bestehenden Rechts kein Anspruch mehr geltend gemacht werden könne. Dem muß entgegengehalten werden, daß die unerlaubte Handlung mit der Entfernung der eingebrachten Sachen vom Mietgrundstück bereits vollendet ist, weil darin eine Verletzung des gesetzlichen Pfandrechts liegt⁵⁶⁾. Richtig ist indes, daß nach Fristablauf für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB kein Raum mehr ist.

III. Das Pfändungspfandrecht

1. Die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts

Gemäß § 803 Abs. 1 S. 1 ZPO erfolgt die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung. Der Gläubiger erwirbt nach § 804 Abs. 1 ZPO ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand. Sehr umstritten ist die rechtliche Konstruktion des Pfändungsvorganges und seiner Wirkungen⁵⁷⁾. Die Entscheidung dieser Frage ist gerade auch für das Problem, ob es sich bei dem Pfändungspfandrecht um ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 S. 1 BGB mit den sich daraus ergebenden Folgen handelt, von Bedeutung.

Zunächst dreht sich der Streit darum, ob die Verstrickung als Wirkung der Pfändung oder die Entstehung des Pfandrechts das Wesentliche und die Grundlage für die anschließende Verwertung ist⁵⁸⁾.

a) Die privatrechtliche Auffassung

Nach dieser Lehre, die früher in Schrifttum und Rechtsprechung⁵⁹⁾ die herrschende war, ist das Pfandrecht des Gläubigers die wesentliche Wirkung der Pfändung, da § 804 ZPO nur von der Entstehung des Pfandrechts spricht und nicht von der Verstrickung. Dieses Pfandrecht gewährt wie jedes andere Pfandrecht dem Gläubiger ein Verwertungsrecht. Auf seiner Grundlage ist zu entscheiden, ob die Verwertung rechtmäßig ist. Das Pfändungspfandrecht unterliegt in seinen Voraussetzungen und Wirkungen den allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht, mit deren beiden anderen Arten, dem vertraglichen und gesetzlichen, es die wesentlichen Merkmale gemeinsam hat. Daher ist es akzessorisch, also von dem Bestehen der Forderung des Gläubigers gegen den Vollstreckungsschuldner abhängig. Ferner muß zur Entstehung des Pfandrechts die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners gehören, da die Vorschrift des § 1207 BGB über den gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts im Rahmen des Vollstreckungsrechts keine Anwendung finden könne⁶⁰⁾.

b) Die öffentlich-rechtliche Auffassung

Nach dieser Meinung, die in Rechtsprechung und Schrifttum heute herrschend ist⁶¹⁾, besteht die wesentliche Wirkung der Pfändung in der Verstrickung, welche die Bereit- und Sicherstellung des gepfändeten Gegenstandes für die weitere staatliche Verfügung, d. h. für die Verwertung im Interesse des Gläubigers, bedeutet. Anstatt dem Schuldner steht die Verfügungsmacht nunmehr dem Staat zu. Durch die Pfändung wird der erfaßte Gegenstand also beschlagnahmt. Diese Wirkung ist unabhängig davon, ob dem Gläubiger eine Forderung

⁵⁶⁾ RG 119, 265

⁵⁷⁾ Lent, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1958 § 16 II = S. 45

⁵⁸⁾ Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913

⁵⁹⁾ RG 60, 70 (72) mit weiteren Nachweisen

⁶⁰⁾ RG 104, 300

⁶¹⁾ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. mit Nachtrag 1958 § 190 II 2 = S. 954; Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913; Heliwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Teil 1919 § 299 e = S. 244; Seuffert-Walsmann, 12. Aufl. 1933 Anm. 6 zu § 803 ZPO; Förster-Kann, 3. Aufl. 1926 Anm. 2 zu § 803 ZPO; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl. 1956 Anm. II 1 zu § 803 ZPO; Lent, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 7. Aufl. 1958 § 16 Abs. II = S. 46; RG 156, 395

gegen den Schuldner zusteht und ob der gepfändete Gegenstand zum Schuldnervermögen gehört. Demgemäß hängt die Wirksamkeit der Verwertung nur von der Verstrickung, nicht von dem Pfandrecht ab. Das Pfandrecht kann aber nur an den Gegenständen entstehen, die zum Schuldnervermögen gehören. Wenn die Pfändung ordnungsgemäß vollzogen ist, tritt die Verstrickung stets ein, während das Pfandrecht noch weitere Voraussetzungen hat ⁶²⁾.

c) Die dritte Auffassung

Nach dieser Meinung ⁶³⁾ ist das Pfandrecht eine wesentliche Wirkung der Pfändung. Es ist als Pfändungspfandrecht den bürgerlich-rechtlichen Pfandrechtsarten nicht wesensgleich. Vielmehr handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Pfandrecht eigener Art. Das Pfändungspfandrecht ist nicht akzessorisch und kann daher auch an Gegenständen entstehen, die nicht zum Schuldnervermögen gehören. Infolgedessen tritt es immer zusammen mit der Verstrickung ein, niemals ohne sie.

Unter den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Auffassung ist es wiederum streitig, ob es sich bei dem Pfändungspfandrecht um ein privatrechtliches Pfandrecht handelt, das als dritte Art neben dem vertraglichen und gesetzlichen steht, oder um ein öffentlich-rechtliches Pfandrecht eigener Art, das von den bürgerlich-rechtlichen wesensverschieden ist. Daher läßt sich der Stand der Meinungen auch nach diesem Gesichtspunkt in zwei verschiedene Auffassungen unterteilen.

a) Die öffentlich-rechtliche Natur des Pfandrechts

Nach dieser Auffassung ⁶⁴⁾ ist das Pfändungspfandrecht ein rein öffentlich-rechtliches Recht, das vom bürgerlich-rechtlichen Pfandrecht durchaus wesensverschieden ist. Es unterscheidet sich von ihm in seinen Voraussetzungen und Wirkungen.

b) Die bürgerlich-rechtliche Natur des Pfandrechts

Nach dieser Auffassung ⁶⁵⁾ steht das Pfändungspfandrecht neben dem vertraglichen (§ 1204 BGB) und dem gesetzlichen Pfandrecht (§ 1257 BGB) als dritte Art des bürgerlich-rechtlichen Pfandrechts, dessen Rechtsnatur es teilt.

Die Abwägung der verschiedenen Auffassungen führt zu folgendem Ergebnis: Zugunsten des Gläubigers entsteht ein privatrechtliches Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand, das Pfändungspfandrecht, welches einem vertraglichen Pfandrecht gleichsteht. Es teilt somit seine Rechtsnatur und steht als dritte Art des bürgerlich-rechtlichen Pfandrechts neben dem vertraglichen und gesetzlichen. Das Pfändungspfandrecht entsteht nur, wenn der Anspruch des Gläubigers besteht und der gepfändete Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört. Der Auffassung von der öffentlich-rechtlichen Natur des Pfandrechts, die sich hauptsächlich darauf stützt, daß die Verwertung der gepfändeten Gegenstände durch den Gerichtsvollzieher als Staatsorgan erfolgt, muß entgegengehalten werden, daß dies gemäß

⁶²⁾ Seuffert-Walsmann, 12. Aufl. 1933 Anm. 6 zu § 803 ZPO

⁶³⁾ R. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906 § 145, 2 = S. 934; Pagenstecher, Ist das Pfändungspfandrecht ein akzessorisches?, Gruch. 50, 274 u. RheinZ 6, 512 N. 2; Bunsen, ArchBürgR 29, 26; Lüke, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, 484; Zöller-Karch-Scherübl, 8. Aufl. 1957 Anm. 1 a) zu § 804 ZPO; Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl. 1958 Anm. 3 B vor § 803, Anm. 1 zu § 804 ZPO

⁶⁴⁾ Die in Note ⁶³⁾ genannten Vertreter der 3. Auffassung sowie: Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl. 1956 Anm. I zu § 804 ZPO; RG 156, 395 (397)

⁶⁵⁾ Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913 S. 24; Hellwig-Oertmann, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, II. Teil 1919 § 299 e = S. 244; Förster-Kann, 3. Aufl. 1926 Anm. 2 zu § 804 ZPO; Seuffert-Walsmann, 12. Aufl. 1933 Anm. 6 zu § 803 ZPO; Rosenberg, 7. Aufl. mit Nachtrag 1958 § 190 II 2 = S. 954; Wieczorek, 1958 Bd. IV Teil 1 Anm. A II zu § 804 ZPO; RG 60, 70 (72); 114, 386

§ 1233 Abs. 2 BGB auch bei vertraglichen Pfandrechten vorkommen kann. Ebenso finden auch auf gesetzliche Pfandrechte nicht alle Vorschriften (§ 1257 BGB) über vertragliche Pfandrechte Anwendung⁶⁶⁾.

Daneben unterfällt der gepfändete Gegenstand der öffentlich-rechtlichen Verstrickung, d. h. der rechtlichen Gebundenheit für den Staat. Diese Wirkung der Pfändung tritt immer dann ein, wenn die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegeben sind, also auch dann, wenn das Pfändungspfandrecht nicht entsteht.

Die Bedeutung des Pfändungspfandrechts (§ 804 ZPO) besteht also in seinen privatrechtlichen Wirkungen. Es gewährt dem Gläubiger dieselben Rechte wie ein vertragsmäßiges Pfandrecht, insbesondere den Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. Diese Zugehörigkeit des Pfändungspfandrechts zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB wird auch in der zivilprozessualen Literatur allgemein anerkannt⁶⁷⁾.

2. Die Verletzung des Pfändungspfandrechts

Verletzt wird das Pfändungspfandrecht durch jeden Eingriff in die Pfandsache, insbesondere durch ihre Zerstörung, Entziehung oder Beschädigung. Täter kann dabei nur der Schuldner oder ein Dritter sein. Der Eigentümer der gepfändeten Sache kann, wenn er nicht zugleich der Schuldner ist, kein Pfändungspfandrecht verletzen, da das Pfändungspfandrecht wegen seiner bürgerlich-rechtlichen Natur nur an Gegenständen entstehen kann, die zum Vermögen des Schuldners gehören und ein gutgläubiger Erwerb des Pfändungspfandrechts nicht möglich ist⁶⁸⁾. Voraussetzung für die Verletzung des Pfändungspfandrechts ist aber, daß es überhaupt wirksam entstanden ist. Die Frage, welchen Einfluß die Entziehung einer gepfändeten Sache durch den Eigentümer auf die nach wie vor bestehende öffentlich-rechtliche Verstrickung hat, besteht unabhängig davon. Obwohl kein bürgerlich-rechtliches Pfandrecht entstanden ist, erlischt die öffentlich-rechtliche Verstrickung des gepfändeten Gegenstandes erst dann, wenn der Schuldner oder der Dritte die Aufhebung der Pfändung gemäß §§ 767, 771 ZPO herbeiführt. Ein Schadensersatzanspruch wegen der Entziehung könnte in diesem Fall unter Umständen aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 289 StGB folgen⁶⁹⁾.

In diesem Ergebnis, daß der Eigentümer der gepfändeten Sache, der nicht zugleich Schuldner ist, kein Pfändungspfandrecht des Gläubigers verletzen kann, weil es in diesem Falle nicht entsteht, liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Auffassung von der bürgerlich-rechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Natur des Pfändungspfandrechts. Da nach der letzteren Auffassung das Pfändungspfandrecht mit der Verstrickung durch Staatsakt entsteht, kann es auch von einem Dritten, der Eigentümer der gepfändeten Sache ist, verletzt werden und sich auf diese Verletzung ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB stützen. Dabei taucht dann das Problem auf, ob der Eigentümer sein Recht dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB entgegenhalten kann. Zu dieser Frage wird teils

⁶⁶⁾ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. mit Nachtrag 1958 § 190 II 2 = S. 954

⁶⁷⁾ Neumüller, 3. und 4. Aufl. 1911 Anm. zu § 804 ZPO; R. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906 S. 933; Sydow-Busch-Krantz-Triebel, 22. Aufl. 1941 Anm. 1 zu § 804 ZPO; Baumbach-Lauterbach, 23. Aufl. 1954 Anm. 3 B zu § 804 ZPO; Lüke, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, 484 (486); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl. 1956 Anm. III 3 zu § 804 ZPO; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. mit Nachtrag 1958 S. 956; Wieczorek, 1958 Anm. B I a zu § 804 ZPO

⁶⁸⁾ Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 1257 BGB; RG 104, 300

⁶⁹⁾ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. mit Nachtrag 1958 S. 956

die Auffassung vertreten, daß dem Gläubiger das Eigentum als ein die Veräußerung hinderndes Recht entgegengehalten werden kann, ohne daß die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO durchgeführt ist⁷⁰⁾, teils wird die Ansicht vertreten, daß der Eigentümer zur Wahrung seiner Rechte die Drittwiderspruchsklage durchführen müsse, weil es sich dabei um eine Gestaltungsklage handle⁷¹⁾. Diese Problematik zeigt allein schon, daß das Pfändungspfandrecht bürgerlich-rechtlicher Natur sein muß.

Dagegen kann sich ein Dritter, dem ein anderes die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne von § 771 ZPO außer dem Eigentum zusteht, dem Gläubiger gegenüber nicht schadensersatzpflichtig machen. Denn der Dritte kann dem Gläubiger sein die Veräußerung hinderndes Recht entgegenhalten. Damit entfällt der Anspruch des Gläubigers aus § 823 Abs. 1 BGB, ohne daß die Drittwiderspruchsklage durchgeführt werden muß⁷²⁾. Die Zulässigkeit dieser Einwendung ergibt sich aus prozeßökonomischen Gründen und folgt ferner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), da der Gläubiger eine Leistung, in diesem Fall den entzogenen Pfandgegenstand, die er aus anderem Grunde, nämlich auf Grund der Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO, sofort wieder zurückgeben muß, nicht verlangen kann⁷³⁾.

Wenn das Pfändungspfandrecht durch den Schuldner verletzt wird, indem er die gepfändete Sache dem Pfandgläubiger entzieht, richtet sich der Anspruch des Gläubigers aus § 823 Abs. 1 BGB auf Wiederherbeischaffung des Pfandgegenstandes. Bei Zerstörung oder Beschädigung ist Schadensersatz in Geld zu leisten. Daneben kann der Gläubiger jedoch weiterhin auf Grund des vollstreckbaren Titels, den er in Händen hat, in das Vermögen des Schuldners pfänden. Es ist deshalb also jedesmal besonders eingehend zu prüfen, ob dem Pfandgläubiger durch die Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung des gepfändeten Gegenstandes überhaupt ein Schaden entstanden ist. Abgesehen davon wird dem Gläubiger der Schadensersatzanspruch praktisch dann nichts nützen, wenn die entzogene oder zerstörte Sache das einzige pfändbare Vermögensstück des Schuldners war.

Am häufigsten wird das Pfändungspfandrecht jedoch von einem Dritten verletzt. Unter Umständen kann dies sogar schon dadurch geschehen, daß der Drittwiderspruchskläger vor Klageerhebung leichtfertig die Grundlagen seines vermeintlichen Eigentumsrechts nicht rechtzeitig genauer geprüft hat⁷⁴⁾. Hierin liegt ein widerrechtlicher Eingriff in das Pfändungspfandrecht des Gläubigers. Diese Handlungsweise des unterliegenden Widerspruchsklägers ist schuldhaft. Ein Schaden kann dem Gläubiger in einem solchen Fall dadurch entstehen, daß er daran gehindert ist, den Versteigerungserlös der Pfandgegenstände an sich zu nehmen, wodurch ihm ein Gewinn entgehen kann⁷⁵⁾.

Nicht nur die durch Pfändung auf Grund eines vollstreckbaren Titels gemäß § 804 ZPO entstandenen Pfändungspfandrechte an beweglichen Sachen sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, sondern auch die durch arrestweise Pfändung zur Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung des Gläubigers gemäß §§ 930 Abs. 1 S. 1 u. 2, 804 ZPO entstandenen Pfändungspfandrechte⁷⁶⁾.

⁷⁰⁾ L ü k e, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, 484 (486); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl. 1956 Anm. III 3 zu § 804 ZPO; Hagemann, ZZP 53, 167

⁷¹⁾ OLG Frankfurt ZZP 53, 163

⁷²⁾ L ü k e, Der Inhalt des Pfändungspfandrechts, JZ 1955, 484 (486); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl. 1956 Anm. III 3 zu § 804 ZPO; Hagemann, ZZP 53, 167

⁷³⁾ Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

⁷⁴⁾ RG JR 1925 Nr. 141

⁷⁵⁾ In der obigen RG-Entscheidung war dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden, daß der hinterlegte Versteigerungserlös entwertet worden war.

⁷⁶⁾ Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB

Neben diesen Pfändungspfandrechten an beweglichen Sachen gibt es auch Pfändungspfandrechte an Rechten. Für diese Pfändungspfandrechte an Rechten gilt das gleiche wie für die Vertragspfandrechte an Rechten⁷⁷⁾. Sie sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, sofern die Rechte, welche Gegenstand des Pfändungspfandrechts sind, den Rechtsschutz dieser Vorschrift genießen.

Ebenso wie alle übrigen Pfändungspfandrechte ist das Pfändungspfandrecht an Rechten durch den Schuldner und Dritte verletzbar. Dabei ist das Pfändungspfandrecht an Geschäfts- und Gewinnanteilen des Schuldners an einer GmbH besonders problematisch und wirtschaftlich wichtig. Die Verletzung eines solchen Pfändungspfandrechts könnte dadurch bewirkt werden, daß der erzielte und bilanzmäßig festgestellte Gewinn trotz des bestehenden Pfändungspfandrechts an den Inhaber der Geschäftsanteile ausgezahlt wird. Diese Auszahlung ist nicht nach §§ 829 Abs. 1 S. 1 ZPO, 135, 136 BGB dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam, da der gepfändete Geschäftsanteil an der GmbH kein Forderungsrecht im Sinne von § 829 ZPO ist. Außerdem kann das Pfandrecht am Anteilsrecht einer Gesellschaft dann verletzt werden, wenn diese ihre Geschäfte absichtlich so führt, daß ein auszahlungsfähiger Gewinn überhaupt nicht entsteht oder der etwa erzielte Gewinn dem Inhaber der Geschäftsanteile auf andere Weise zugute kommt⁷⁸⁾.

3. Das privatrechtliche Pfändungspfandrecht

Außer dem gerichtlichen Pfändungspfandrecht, das in der ZPO geregelt ist, gibt es das Privatpfändungspfandrecht, das gemäß Art. 89 EGBGB der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten ist. Nach dieser Bestimmung bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen unberührt. Die entsprechenden Gesetze der einzelnen Länder sehen in der Regel vor, daß der Eigentümer oder Nutznießer eines Grundstücks Personen oder schadenstiftende Tiere, die er auf seinem Grundstück trifft, in der Weise pfänden darf, daß er nötigenfalls den Personen Sachen abnimmt oder Tiere in seinen Gewahrsam bringt⁷⁹⁾. Jedoch ist nach der bundesrechtlichen Regelung des § 18 PostG gegen die ordentlichen Posten, Extraposten, Kuriere und Estafetten keine Pfändung erlaubt, auch nicht gegen einen Postillon, welcher mit ledigem Gespann zurückkehrt. Diese Regelung der Privatpfändungsrechte ist nach wie vor geltendes Recht, obwohl die praktische Bedeutung gering ist.

a) Das Pfändungspfandrecht nach dem bayer. *Feldschaden*-Gesetz

Gemäß Art. 1 FeldschG⁸⁰⁾ ist der Tierhalter zur Zahlung von Ersatzgeld verpflichtet, wenn Haustiere auf bestellte fremde Äcker vor der Beendigung der Ernte, auf fremde Wiesen während ihrer Hegezeit oder in fremde Gärten, Weinberge oder Baumschulen übertreten. Dabei ist für Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rindvieh, Schweine, Ziegen, Schafe und Federvieh das Ersatzgeld auch ohne Nachweis eines Schadens fällig; bei anderen Haustieren nur dann, wenn ein Schaden nachgewiesen wird (Art. 2, 1 Abs. 2 FeldschG). Zur Sicherung dieses Anspruchs auf Schadensersatz oder Ersatzgeld können die übertretenden Tiere gemäß Art. 6 FeldschG durch Besitzergreifung gepfändet werden, jedoch

⁷⁷⁾ Siehe oben S. 68

⁷⁸⁾ RG SeuffA 74, 11 Nr. 6

⁷⁹⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888 Bd. 1 S. 353; Soergel, 8. Aufl. 1955 Anm. 1 zu Art. 89 EGBGB

⁸⁰⁾ Gesetz, das Ersatzgeld und das Pfändungsrecht und die Verfolgung von Ersatzansprüchen aus Feldpolizeiübertretungen betreffend (Feldschadengesetz) vom 6. 3. 1902 (BayBS IV S. 432)

nur auf dem Grundstück oder bei sofortiger Verfolgung. Durch die Pfändung, die auch von Familienangehörigen und Bediensteten vorgenommen werden kann, erwirbt der Verletzte ein Pfandrecht an den gepfändeten Tieren (Art. 8 Abs. 1 FeldschG). Die Pfändung ist innerhalb 24 Stunden der Gemeinde anzuzeigen, die sie dem Tierhalter mit dem Hinweis bekanntzumachen hat, daß der Pfandverkauf erfolgen kann, wenn der Verletzte nicht binnen einer Woche befriedigt wird.

Ebenso kann an Enten, die in fremdes fließendes Fischwasser während der Schonzeit oder in fremde Fischteiche eingedrungen sind, wegen des Anspruchs auf Zahlung von Ersatzgeld gemäß Art. 19, 6, 8 FeldschG ein Pfändungspfandrecht entstehen.

b) Das Pfändungspfandrecht nach dem bayer. Fischerei-Gesetz

Gemäß Art. 87 FiG⁸¹⁾ können, wenn jemand bei einem Fischereifrevel oder einer Übertretung des Fischereigesetzes betroffen wird, zur Überführung der Täterschaft oder zur Sicherung des Anspruchs auf Schadensersatz die bei der Übertretung gebrauchten Fischereigeräte und Transportmittel gepfändet werden. Auf dieses Privatpfändungspfandrecht finden nach Art. 87 Abs. 2 FiG die einschlägigen Bestimmungen des Feldschadengesetzes über das dort geregelte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Das Privatpfandrecht nach dem FiG steht nur dem Fischereiberechtigten im weiteren Sinne (Gewässereigentümer, Inhaber eines selbständigen Fischereirechts und Fischereipächter), gegebenenfalls auch den Familienangehörigen, Bediensteten und den Aufsehern, nicht aber dem Fischereierlaubnisscheininhaber und dem Fischereigast zu⁸²⁾.

Nur wenn die Pfändung an den Fischereigeräten und Transportmitteln zum Zwecke der Sicherung eines Schadensersatzanspruches erfolgt, entsteht durch sie ein Pfandrecht an den in Besitz genommenen Sachen. Bezweckt die Pfändung dagegen ausschließlich die strafrechtliche Überführung des Täters, so erschöpft sich ihre Wirkung darin, daß sie den Berechtigten lediglich unmittelbaren Fremdbesitz verschafft⁸³⁾. Der Ausdruck „gepfändet“ ist in diesem Falle ungenau, weil eine Pfändung im Sinne des bürgerlichen Rechts nicht vorliegt und daher auch kein Pfandrecht entsteht⁸⁴⁾.

Die Pfändung auf fremde Grundstücke übergetretener Haustiere zur Sicherung des Anspruchs auf Schadensersatz oder Ersatzgeld sowie die Pfändung von Fischereigeräten und Transportmitteln der bei einem Fischereifrevel Betroffenen zur Sicherung des Schadensersatzanspruches haben die gleiche Wirkung. In beiden Fällen entsteht durch die Pfändung gemäß Art. 8 FeldSchG, Art. 87 Abs. 2 FiG, § 1204 BGB zugunsten des geschädigten Berechtigten ein Pfandrecht an den in Besitz genommenen Tieren und Sachen, das allen anderen Rechten an den Pfandgegenständen vorgeht. In Art. 11 FeldSchG ist ausdrücklich hervorgehoben, daß der Pfandrechtsinhaber durch Verkauf der Pfandsachen die Befriedigung seiner Schadensersatzansprüche suchen darf. Da somit das Privatpfändungsrecht in seinen Wirkungen dem allgemeinen

⁸¹⁾ Fischereigesetz für das Königreich Bayern vom 15. 8. 1908 (BayBS IV S. 453); Ziegler-Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 220; v. Malsen-Waldkirch, Das bayerische Fischereirecht, 1910; Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925; Schwaiger, Das bayerische Fischereirecht, 1931; Mack-Martin, Bayerisches Fischereirecht, 1955

⁸²⁾ Mack-Martin, Bayerisches Fischereirecht, 1955 Erl. a) zu Art. 87 FiG

⁸³⁾ Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 Anm. 5 zu Art. 87 FiG

⁸⁴⁾ v. Malsen-Waldkirch, Das bayerische Fischereirecht, 1910 S. 384; Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 Anm. 5 zu Art. 87 FiG

Pfandrecht gleichgestellt ist, ist es ebenso wie dieses auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Verletzt werden kann es durch den Tierhalter bzw. den Schadensstifter, der die gepfändeten Fischereigeräte in Besitz hatte, und jeden außenstehenden Dritten. Der Eingriff in das Pfandrecht an Tieren geschieht insbesondere dadurch, daß sie weggetrieben, verletzt oder getötet werden, bei Fischereigeräten durch deren Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung. Der Schadensersatzanspruch ist dann entweder auf Wiedereinräumung des Besitzes oder Geldersatz gerichtet.

§ 9. Das Ablösungsrecht nach § 1249 BGB

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

RG 83, 390 (393); Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b aa) zu § 823 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 1 zu § 1249 BGB; Soergel-Butteweg, 8. Aufl. 1955 Anm. 2 zu § 1249 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa) zu § 823 BGB; Erman-Ronke, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 1249 BGB; Achilles-Greiff, 21. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 1249 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 a zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 1249 BGB

1. Die Ablösungsbefugnis und das ihr zugrunde liegende dingliche Recht

Gemäß § 1249 BGB ist jeder dinglich Berechtigte, der durch die Verwertung des gepfändeten Gegenstandes einen Rechtsverlust erleiden würde, befugt, den Pfandgläubiger zu befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Insbesondere hat also der Eigentümer der Pfandsache, zumal wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, das Recht, den Gläubiger zu befriedigen und dadurch den gepfändeten Gegenstand abzulösen. Dieses Ablösungsrecht ist ein Ausfluß der Rechtsstellung desjenigen, der an der Pfandsache ein dingliches Recht hat. Daher hat das Ablösungsrecht gemäß § 1249 BGB auch den gleichen Rechtscharakter wie die Rechte, auf denen es beruht. Es ist also ebenfalls dinglicher Natur, da es nur einem an der Pfandsache dinglich Berechtigten zusteht und ein unmittelbares Recht an dem gepfändeten Gegenstand gewährt.

Infolgedessen ist das Ablösungsrecht des dinglich Berechtigten ebenso wie die ihm zugrunde liegenden dinglichen Rechte ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Zweifelhaft kann lediglich sein, ob ein Eingriff in das Ablösungsrecht nicht immer zugleich auch eine Verletzung des ihm zugrunde liegenden dinglichen Rechts darstellt, so daß der Ablösungsrechtsinhaber dadurch hinreichend geschützt wäre. Dies ist zu verneinen, da in der Verhinderung der Befriedigung durch den Berechtigten kein unmittelbarer Eingriff in das dem Ablösungsrecht zugrunde liegende Eigentum oder andere dingliche Recht liegt.

2. Die Verletzung des Ablösungsrechts

Verletzt wird das Ablösungsrecht des § 1249 BGB regelmäßig dann durch den Pfandgläubiger, wenn er die ihm von dem Ablösungsberechtigten nach Fälligkeit der Schuld angebotene Befriedigung ablehnt und die Pfandsache durch Veräußerung verwertet. Sobald der persönliche Schuldner gemäß § 271 BGB zur Leistung berechtigt ist, muß der Pfandgläubiger die ihm angebotene Befriedigung annehmen, selbst wenn der Schuldner widerspricht. Die allgemeine Regelung des § 267 Abs. 2 BGB, wonach der Schuldner das Recht hat, der Leistung durch einen Dritten zu widersprechen, und der Gläubiger im Falle eines solchen Widerspruchs die Leistung des Dritten ablehnen kann, muß der Sonderbestimmung des § 1249 BGB weichen¹⁾. In jeder Zurückweisung der angebotenen Zahlung durch den Gläubiger mit anschließendem Pfandverkauf liegt somit eine Vereitelung, d. h. eine Verletzung des

¹⁾ RG 83, 390; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 1 zu § 1249 BGB

gesetzlichen Ablösungsrechts gemäß § 1249 BGB. Denn durch die Veräußerung der Pfandsache erlöschen gemäß § 1242 BGB das Eigentum und alle anderen an ihr bestehenden dinglichen Rechte.

Durch Dritte kann das Ablösungsrecht des dinglich Berechtigten gemäß § 1249 BGB nicht verletzt werden, da es dem Berechtigten nur die Einlösbefugnis gegenüber dem Pfandgläubiger gewährt.

Bei der Berechnung des Schadens ist zu berücksichtigen, daß der Berechtigte den Pfandgegenstand einlösen muß, er also die Schulden zu begleichen hat, für die er verpfändet ist. Es entsteht dem Eigentümer des verpfändeten Gegenstandes durch die Zurückweisung der Zahlung und den Pfandverkauf somit nur dann ein Schaden, wenn der Wert der Pfandsache größer ist als die Forderungen, für die sie haftet. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist jedoch nicht ausgeschlossen. So können bei Wertpapieren nach der Vereitelung des Ablösungsrechts erhebliche Kurssteigerungen eintreten. Wenn also eine Bank in ihrem Depot befindliche Wertpapiere, die in fremdem Eigentum stehen, einem Dritten verpfändet und dieser nach Fälligkeit der Forderungen, für die die Wertpapiere haften, die Befriedigung ablehnt und die Wertpapiere durch einen Kursmakler verkaufen läßt, dann haftet der Dritte, sofern später Kurssteigerungen eintreten, in deren Höhe auf Schadensersatz ²⁾.

Zweiter Unterabschnitt

ANEIGNUNGS- UND ANWARTSCHAFTSRECHTE

A. DIE ANEIGNUNGSRECHTE

Grundsätzlich für Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuches, 1898 S. 23; Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 1902 § 325 II 2 = S. 1019; Kahlenbeck, Anm. 8 b zu § 823 BGB; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 24; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 12 IV = S. 218; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 78; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 BGB, 1919 S. 37; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179; Planck-Flad, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Siber, Grundriß des Dt. Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 a 1 = S. 450; Lehning, Die Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte, 1934 S. 23; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 S. 305 N. 16; Larenz, Vertrag und Unrecht, 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937 § 33 I 1 b = S. 36; Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, 2. Halbbd. 1944 § 52 II 2 = S. 211; Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949 § 313 III = S. 468; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. 6 b zu § 823 BGB; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 II 2 a = S. 295; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 g zu § 823 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 e zu § 823 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 b zu § 823 BGB

Ein Aneignungsrecht ist die jemand zustehende Befugnis, durch seine Handlung für sich ein dingliches Recht, insbesondere Eigentum, zu begründen ¹⁾. Es ist also das Recht auf Erwerb eines Rechts durch eigene einseitige Handlung ²⁾. Die Aneignungsrechte unterscheiden sich von den Anwartschaftsrechten dadurch, daß bei der Anwartschaft das Recht an einer Sache dem Anwärter zufällt, ohne daß von seiner

¹⁾ RG 83, 390

²⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 8 = S. 171

³⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 1. Halbbd. 15. Aufl. 1959 § 79 A II = S. 460; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts 4. Aufl. 1959 § 37 = S. 105

Seite irgendeine Tätigkeit erforderlich ist, und von den Forderungen auf Übertragung einer Sache dadurch, daß bei diesen das Eigentum nicht durch einseitige Handlung, sondern durch dinglichen Vertrag erworben wird³⁾. Da der wirtschaftlich mögliche Wert durch das Aneignungsrecht dem Berechtigten zugewandt wird, gleicht seine Stellung der des Eigentümers⁴⁾.

Streitig ist die Frage, ob die Aneignungsrechte selbst dingliche Rechte sind⁵⁾ oder diesen nur nahestehen⁶⁾. Wenn man unter dinglichen Rechten nur die im 3. Buch des BGB eingehend und erschöpfend behandelten Sachenrechte sowie einige wenige von diesen abgeleitete Rechte versteht, wie es wohl am zweckmäßigsten sein dürfte, gehören die Aneignungsrechte nicht zu den dinglichen Rechten. Allerdings sind sie ihrer Natur nach mit den dinglichen Rechten eng verwandt, weil sie sich auf die zu erwerbende Sache beziehen. Nipperdey⁷⁾ bezeichnet daher die Aneignungsrechte zusammen mit anderen Rechten als dingliche Erwerbsberechtigungen. Demgegenüber weist Westermann⁸⁾ mit Recht darauf hin, daß das Aneignungsrecht dem Berechtigten die in Frage stehende Sache noch nicht zuordnet, weil sie dafür zu unbestimmt und nicht genügend beherrschbar sei. Die Aneignungsrechte sind also Rechte, die den dinglichen Rechten sehr nahestehen.

Fest steht, daß die ausschließlichen Aneignungsrechte gegenüber jedermann wirksam ausgeübt werden können⁹⁾. Sie gewähren dem Aneignungsberechtigten ein absolut wirkendes Recht, alle Dritten von der Sache auszuschließen¹⁰⁾. Da die ausschließlichen Aneignungsrechte somit absolute Rechte sind, ist es für sie in Literatur und Rechtsprechung unbestritten, daß sie zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehören. Allerdings ergeben sich auch bei der Verletzung dieser Rechte eine Reihe von Problemen, die im einzelnen zu behandeln sind. Zweifelhaft ist dagegen die Frage, ob auch die relativen Aneignungsrechte, die nur bestimmten Personen gegenüber ausgeübt werden können, sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind¹¹⁾. Da die Problemstellung dieser Rechtsfrage bei den einzelnen Aneignungsrechten unterschiedlich ist, wird sie bei der Behandlung dieser Rechte jeweils mit erörtert.

Man unterscheidet die freie Aneignung, die jedermann freisteht, und die Aneignung kraft Aneignungsrechts, die nur einem bestimmten Berechtigten zusteht¹²⁾.

Aneignungsrechte können bezüglich herrenloser oder fremder Sachen, an denen jemand Eigentum hat, bestehen. Das BGB selbst kennt nur wenige Aneignungsrechte und hat die Mehrzahl den einzelnen Landesrechten vorbehalten¹³⁾.

³⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 8 = S. 171

⁴⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280

⁵⁾ So: Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 1. Halbd. 15. Aufl. 1959 § 79 A II = S. 460

⁶⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280

⁷⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 1. Halbd. 15. Aufl. 1959 § 79 A II = S. 460

⁸⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280

⁹⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 12 IV = S. 218

¹⁰⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280

¹¹⁾ v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 12 IV = S. 218

¹²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 37 = S. 105

¹³⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 1. Halbd. 15. Aufl. 1959 § 79 A II = S. 460

a) Die freie Aneignung

§ 10. Die freie Aneignung herrenloser beweglicher Sachen

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910 § 8 = S. 172; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 77; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 38; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 26 IV = S. 158

1. Die wirtschaftliche Bedeutung der freien Aneignung

Gemäß § 958 Abs. 1 BGB ist jedermann die freie Aneignung herrenloser beweglicher Sachen gestattet. Herrenlose Sachen sind dabei solche, die entweder noch nie in jemandes Eigentum gestanden haben oder die vom Eigentümer aufgegeben worden sind.

Zu den herrenlosen Sachen, die noch nie in jemandes Eigentum gestanden haben, gehören insbesondere die Produkte des Meeres, wie Hochseefische und Muscheln am Strande, Insekten, nicht jagdbare wilde Tiere gemäß § 960 Abs. 1 S. 1 BGB, ferner gewisse Walderzeugnisse, wie Beeren, Pilze, Kräuter und Blumen¹⁾. Die häufig als Fall der freien Aneignung angeführte Stickstoffgewinnung aus der Luft²⁾ ist keine Aneignung im Sinne von § 958 Abs. 1 BGB, da der Luftraum über einem Grundstück nach § 905 S. 1 BGB keine herrenlose Sache ist, sondern im Eigentum des betreffenden Grundstückseigentümers steht³⁾. Der Stickstoff wird vielmehr aus der Luft gewonnen³⁾. Die freie Aneignung ursprünglich herrenloser Sachen hat also kaum noch praktische Bedeutung. Wirtschaftlich wichtig ist fast nur noch die Hochseefischerei⁴⁾.

Herrenlos sind ferner alle beweglichen Sachen, deren Besitz der Eigentümer in der Absicht aufgibt, auf das Eigentum zu verzichten (§ 959 BGB). Hier kommt eine freie Aneignung heute praktisch nur noch bei wirtschaftlich wertlosen Sachen in Betracht⁵⁾. Außerdem werden gewisse Tiere auch gegen den Willen des Eigentümers herrenlos; so ein gefangenes wildes Tier, das die Freiheit wiedererlangt, sofern nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder die Verfolgung aufgibt (§ 960 Abs. 2 BGB); ebenso gezähmte Tiere, sofern sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren (§ 960 Abs. 3 BGB). In gleicher Weise wird gemäß § 961 BGB ein ausziehender Bienenschwarm herrenlos, sofern er nicht wie gefangene wilde Tiere unverzüglich vom Eigentümer verfolgt wird oder dieser die Verfolgung aufgibt. Auch solche herrenlose Bienenschwärme unterliegen der freien Aneignung.

¹⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 1 a Rn. 2 zu § 958 BGB

²⁾ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930 § 64, 4 = S. 269; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 1 a Rn. 2 zu § 958 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 III = S. 291

³⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 I = S. 277

⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 III = S. 291

⁵⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 I = S. 277

2. Die Rechtsnatur der freien Aneignung

Die Aneignung ist der originäre Erwerb des Eigentums an einer herrenlosen Sache durch Ergreifen des Eigenbesitzes (§ 958 Abs. 1 BGB).

Jedoch ist die freie Aneignung kein subjektives Recht, da die Befugnis zum Eigentumserwerb jedermann gegeben ist ⁶⁾. Das Eigentum wird also nicht auf Grund eines besonderen Rechts, das dem einzelnen zusteht, erworben. Vielmehr ist die freie Aneignung lediglich eine bloße Erwerbsmöglichkeit, die nichts anderes voraussetzt als die allgemeine Rechts- und Handlungsfähigkeit des Aneignenden auf der einen Seite und die Herrenlosigkeit auf der anderen Seite ⁷⁾. Diese Auffassung entspricht auch dem Wortlaut des § 958 BGB. In dieser Vorschrift ist nur in Absatz 2 die Rede von einem besonderen Aneignungsrecht eines anderen, eine Formulierung, durch die das Gesetz ausdrücklich darauf hinweist, daß die in Absatz 1 behandelte freie Aneignung nicht unter Ausübung eines subjektiven Rechts erfolgt.

Infolgedessen ist die freie Aneignung auch kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Daher kann derjenige, der eine herrenlose Sache zuerst sieht, nicht einen anderen schadensersatzpflichtig machen, der ihm dann bei der Besitzergreifung der Sache zuvorkommt. Wer die herrenlose Sache aber ergreift, d. h. in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an ihr und hat nunmehr die Möglichkeit, sich bei Verletzung dieses Eigentumsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB an dem Schädiger schadlos zu halten.

Aber nicht nur nachdem jemand durch die Aneignung Eigentum erworben hat, sondern auch schon im Zusammenhang mit der Besitzergreifung können sich Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung ergeben. Dies kommt daher, daß zum Eigentumserwerb die bloße Absicht, sich eine herrenlose Sache anzueignen, oder entsprechende Bemühungen, dies zu tun, noch nicht genügen. Wenn ein anderer mit der Besitzergreifung zuvorkommt, erwirbt dieser Eigentum ⁸⁾. Das ist selbst dann der Fall, wenn er seinen Konkurrenten durch Gewalt oder Drohung am Zugriff hindert oder ihn täuscht, etwa auf eine falsche Spur hetzt ⁹⁾, um dann selbst zuzugreifen. Selbst dann hat der Betroffene keinen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der ihm gegebenen Aneignungsmöglichkeit, weil es sich dabei nicht um ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB handelt. Soweit allerdings dieses Verhalten den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach einer anderen Vorschrift erfüllt, z. B. gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Gesundheit oder der Freiheit, gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes, insbesondere einer strafrechtlichen Bestimmung (Nötigung im Sinne von § 240 StGB), oder gemäß § 826 BGB wegen Verletzung der guten Sitten durch den Gebrauch unlauterer Mittel, verpflichtet diese Handlung nach den entsprechenden Vorschriften zum Schadensersatz ¹⁰⁾.

⁶⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 = S. 288

⁷⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910 § 8 = S. 172

⁸⁾ Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 3. Bd. 1905 § 410 I 1 a N. 13 = S. 376

⁹⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 26 IV = S. 158

¹⁰⁾ Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 3. Bd. 1905 § 410 I 1 a Nr. 13 = S. 376;
Planck-Brodmann, 4. Aufl. 1920 Anm. 2 zu § 958 BGB; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 1 a Rn. 2 zu § 958 BGB

β) Aneignungsrechte an herrenlosen Sachen

§ 11. Das Aneignungsrecht des Fiskus an herrenlosen Grundstücken

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900 § 31 = S. 232; Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte ArchBürgR 32, 140 (193); Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums, 1909 S. 160; Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 3 a zu § 928 BGB; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 38; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (186/187 N. 1); Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 8 zu § 928 BGB; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. II g Rn. 4 zu § 928 BGB; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 87, 4 = S. 419; Lent, Sachenrecht, 7. Aufl. 1957 § 28 II = S. 101; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 63 II 1 = S. 219; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 g zu § 823 BGB sowie Erman-Westermann, Anm. 5 zu § 928 BGB; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 5 b zu § 928 BGB

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

Planck, 3. Aufl. 1906 Anm. 9 zu § 928 BGB; Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander ArchBürgR 35, 369 (380); Staudinger-Kober, 9. Aufl. 1926 Anm. II g zu § 928 BGB

1. Die Aufgabe des Grundeigentums

Das Grundeigentum kann von dem Eigentümer durch einseitigen Verzicht (Derektion) aufgegeben werden. Zur Wirksamkeit des Verzichts ist gemäß § 928 Abs. 1 BGB die Erklärung des Verzichts gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung erforderlich. Die Aufgabe von Grundstücken wird in der Praxis manchmal dann erklärt, wenn die Grundstücke überbelastet sind und deshalb für den Eigentümer keinen wirtschaftlichen Wert mehr haben. Besonders nach 1945 wurden Ruinengrundstücke aufgegeben.

Durch den Verzicht wird das Grundstück herrenlos¹⁾. Diese Frage ist allerdings bestritten. Nach Hellwig²⁾ entsteht subjektloses Eigentum, dem jedoch entgegengehalten ist, daß es subjektlose Rechte nicht gibt, da das subjektive Recht jemandem zustehen muß³⁾. Bendix⁴⁾ will noch gewisse Beziehungen des Derelinqenten zu dem Grundstück bestehen lassen, übersieht aber dabei, daß § 928 Abs. 1 BGB ausdrücklich von der Aufgabe des Grundstückseigentums spricht.

2. Das Aneignungsrecht an herrenlosen Grundstücken

Das durch den Eigentumsverzicht herrenlos gewordene Grundstück unterliegt gemäß § 928 Abs. 2 S. 1 BGB dem ausschließlichen Aneignungsrecht des Landesfiskus, in dessen Gebiet das Grundstück gelegen ist. Dieses dem Fiskus zustehende

¹⁾ So: die herrschende Meinung, insbesondere Hedemann, 2. Aufl. 1950 § 20 III a = S. 125; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 63 I = S. 219; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 4 a zu § 928 BGB

²⁾ Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900 S. 213 ff; Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1903 Bd. I S. 294; System des Zivilprozeß, Bd. I 1912 S. 151

³⁾ H. Lehmann, Allg. Teil d. BGB, 7. Aufl. 1952 § 11 IV S. 70

⁴⁾ Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte ArchBürgR 32, 140 ff

Aneignungsrecht erstreckte sich nach Art. 190 EGBGB auf alle Grundstücke, die zu der Zeit herrenlos waren, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

Streitig ist insbesondere beim Aneignungsrecht des Fiskus, ob es sich um ein dingliches Recht an dem herrenlosen Grundstück handelt oder nicht⁵⁾. Wenn man unter dinglichen Rechten nur den geschlossenen Kreis der im 3. Buch des BGB geregelten Sachenrechte versteht, zu dem das Aneignungsrecht des Fiskus nicht gehört⁶⁾, kann man es höchstens wie alle Aneignungsrechte als ein dingliches Recht eigener Art oder besser als ein dem dinglichen Recht ähnliches Recht bezeichnen⁷⁾. Nicht zutreffend ist schließlich die Ansicht Lenhards⁸⁾, daß das Aneignungsrecht des Fiskus keine Verbietsansprüche gleich den dinglichen und allen absoluten Rechten in sich schließe. Seine Definition, es handle sich lediglich um eine Befugnis, die das besondere habe, daß sie ausschließlich dem Fiskus zustehe, ist unklar. Denn das Recht des Fiskus auf Aneignung herrenloser Grundstücke ist im Gegensatz zu der Aneignung aufgegebenener beweglicher Sachen, die jedem freigestellt ist, ein echtes ausschließliches Aneignungsrecht. Das Aneignungsrecht am herrenlosen Grundstück setzt einen bestimmten Tatbestand voraus⁹⁾. Da nur der Fiskus als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann, hat sein Aneignungsrecht Wirkung gegenüber jedermann. Ein Dritter kann nur dann eingetragen werden, wenn der Fiskus ihm das Aneignungsrecht abgetreten hat. Durch die Eintragung erwirbt der Dritte unmittelbar das Eigentum an dem herrenlosen Grundstück.

Wegen dieser absoluten Wirkung¹⁰⁾ des Aneignungsrechts des Fiskus nach § 928 Abs. 2 BGB und seiner Verwandtschaft mit den Sachenrechten ist es ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Wenn also jemand das Grundstück, solange es herrenlos ist, vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt, entsteht hierdurch eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Diese Frage kann nicht mit der Begründung verneint werden, daß es an einem Beschädigten fehle, da ein Eigentümer zur Zeit der Beschädigung nicht vorhanden sei und das Aneignungsrecht des Fiskus durch die Beschädigung nicht verletzt werde¹¹⁾. Biermann¹²⁾ erachtet in einem solchen Fall die Aufstellung eines Pflegers für den künftigen Eigentümer nach § 1913 BGB zum Schutze und zur Verfolgung des Schadensersatzanspruches für zulässig und erforderlich. Gegen die Anwendbarkeit des § 1913 BGB wendet sich Schulze¹³⁾, gegen die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers überhaupt Planck¹⁴⁾.

Die Bedenken gegen die Gewährung des Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 1 BGB und die Forderung der Aufstellung eines Pflegers für derartige Fälle

⁵⁾ Für dingl. Recht insbesondere: Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte ArchBürgR 32, 140 (189); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 63 II 1 S. 219

Gegen dingl. Recht: Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander ArchBürgR 35, 369 (380); Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 87, 4 = S. 419

⁶⁾ Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander ArchBürgR 35, 369 (380)

⁷⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 87, 4 = S. 419

⁸⁾ Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander ArchBürgR 35, 369 (380)

⁹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910 S. 172

Raape, Aneignungsüberlassung JherJ. 74, 179 (186/187 N. 1) hebt ausdrücklich hervor, daß das Aneignungsrecht des Fiskus als absolutes Recht gegen jedermann geschützt sei.

¹⁰⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (187 N. 1)

¹¹⁾ So: Planck, 3. Aufl. 1906 Anm. 9 zu § 928 BGB; Staudinger-Kober, 9. Aufl. 1926 Anm. II g zu § 928 BGB

¹²⁾ Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 c zu § 928 BGB

¹³⁾ Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums, 1909 S. 133

¹⁴⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 7 und 8 zu § 928 BGB

wirken nicht überzeugend. Vielmehr wird durch die Beschädigung eines Grundstücks während der Zeit seiner Herrenlosigkeit, also von dem Zeitpunkt an, zu dem der Verzicht des Eigentümers im Grundbuch eingetragen worden ist (§ 928 Abs. 1 BGB), bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Fiskus das Eigentum durch Eintragung erwirbt (§ 928 Abs. 2 S. 2 BGB), sein Aneignungsrecht verletzt. Denn das Aneignungsrecht verschafft dem Fiskus die Möglichkeit, zu jeder Zeit Eigentum an dem herrenlosen Grundstück zu erlangen und enthält gleichzeitig das Recht, schädliche Einwirkungen auf das aufgegebenes Grundstück zu verbieten und die Aufrechterhaltung des Zustandes zur Zeit der Dereliktion zu verlangen¹⁵⁾. Jeder Eingriff in das herrenlose Grundstück, welches Gegenstand des Aneignungsrechts des Fiskus ist, stellt eine Verletzung dieses Rechts dar und macht gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig. Die Tatsache, daß dem Fiskus nicht durch jede Beschädigung eines herrenlosen Grundstückes ein Schaden entsteht, kann nicht daran hindern, das Aneignungsrecht des Fiskus zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Vielmehr ist diese Frage im Zusammenhang mit der Behandlung des Umfanges des Schadensersatzanspruches zu erörtern.

Der Hauptfall der Verletzung des Aneignungsrechts ist die Beschädigung eines Gebäudes auf dem herrenlosen Grundstück, das nach § 94 Abs. 1 BGB dessen wesentlicher Bestandteil ist. Wer also ein aufgegebenes Haus abbricht oder anzündet, macht sich dem Fiskus gegenüber gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig¹⁶⁾. Ebenso enthält jede Entfernung wesentlicher Bestandteile eines derartigen Gebäudes, die zu seiner Herstellung eingefügt sind (§ 94 Abs. 2 BGB), wie Mauern, Decken, Fußböden, Treppen, Fenster, Türen usw.¹⁷⁾, eine Verletzung des Aneignungsrechts. Als weitere wesentliche Bestandteile, deren Entfernung von dem Grundstück schadensersatzpflichtig macht, kommen insbesondere gemäß § 94 Abs. 1 BGB Erzeugnisse des Grundstücks, wie gewachsene Pflanzen und Früchte, in Betracht. Ferner gehören hierher Bodenteile, z. B. Kies, Torf, Mineralien usw. Dabei ist es allerdings streitig, ob die aus dem Grundstück zu gewinnenden Bodenteile Erzeugnisse des Grundstücks sind¹⁸⁾ oder nicht¹⁹⁾. Nach beiden Auffassungen handelt es sich aber um wesentliche Bestandteile, deren Wegnahme das Aneignungsrecht des Fiskus verletzt.

Zweifelhaft ist die Rechtslage bei denjenigen Erzeugnissen und Bestandteilen, die nach der Dereliktion vom Grundstück getrennt werden, und wenn das Grundstück in jemandes Eigentum stünde, dem Eigentümer gemäß § 953 BGB gehören würden. Die Problematik rührt daher, daß die vom Grundstück getrennten wesentlichen Bestandteile bewegliche Sachen geworden sind. Nach Endemann²⁰⁾ gehören die während des Schwebezustandes wachsenden Früchte als herrenlose Fahrnis dem, der sie sich aneignet; sie würden demnach also nicht dem Aneignungsrecht des Fiskus unterliegen. Demgegenüber behauptet Biermann²¹⁾ auch an den getrennten Erzeugnissen und Bestandteilen eines herrenlosen Grundstücks ein ausschließliches Aneignungsrecht des Fiskus, das sich auch auf die sonst dem Eigentümer gemäß § 984 BGB zustehende Schatzhälfte erstrecke, die nach Endemann²²⁾ der freien

¹⁵⁾ Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte ArchBürgR 32, 140 (193)

¹⁶⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (187 N. 1)

¹⁷⁾ Palandt-Danckelmann, 18. Aufl. 1959 Anm. 4 b zu § 94 BGB

¹⁸⁾ So: Palandt-Danckelmann, 18. Aufl. 1959 Anm. 3 zu § 94 BGB

¹⁹⁾ So: Staudinger, Anm. 6 zu § 94 BGB

²⁰⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. Sachenrecht 1905 § 78 N. 17 = S. 509

²¹⁾ Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 a zu § 928 BGB

²²⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. Sachenrecht 1905 § 78 N. 17 = S. 509

Aneignung gemäß § 958 Abs. 1 BGB unterliegt. Aus der Auffassung Endemanns folgt das eigenartige Ergebnis, daß ein Schatz, den jemand auf einem herrenlosen Grundstück entdeckt, zur einen Hälfte dem Entdecker gehört und zur anderen Hälfte von jedermann in Besitz genommen werden kann. Dem ist nicht so. Vielmehr tritt an die Stelle des früheren Eigentums des Derelinquten das Aneignungsrecht des Fiskus, wie sich aus dem Grundgedanken des § 928 BGB ergibt. Infolgedessen hat der Fiskus auch an den vom Grundstück getrennten Erzeugnissen und Bestandteilen ein Aneignungsrecht, das durch deren Wegnahme verletzt wird.

In gleicher Weise besteht das Aneignungsrecht des Fiskus auch an den Surrogaten des Grundstücks, wie Enteignungsentschädigung und Zwangsversteigerungserlös, soweit er die Hypotheken übersteigt²³⁾. Im Falle der Zwangsversteigerung erstreckt sich also das Aneignungsrecht am angegebenen Grundstück auf den Versteigerungserlös, der sonst dem Eigentümer zugefallen wäre²⁴⁾. Auch insoweit tritt also das Aneignungsrecht des Fiskus an die Stelle des früheren Eigentums. Stillschweig²⁵⁾ begründet dieses Ergebnis, daß dem Fiskus, auch wenn er es nicht für gut befunden habe, von seinem Aneignungsrecht Gebrauch zu machen, der Übererlös zustehen müsse, damit, daß der wirtschaftliche und soziale Gedanke beide Male der gleiche sei; das Grundstück, für das ein Berechtigter nicht vorhanden sei, solle der Allgemeinheit zufallen, und hierfür mache es keinen Unterschied, ob es sich um die Substanz oder den Erlös handele. Nicht zutreffend ist die Ansicht von Bendix²⁶⁾, daß der Übererlös dem Derelinquten zustehe, da dieser das Eigentum an dem Grundstück aufgegeben und somit auch kein Recht mehr auf die Surrogate hat. Da sich somit das Aneignungsrecht des Fiskus auch auf diese Surrogate erstreckt, bedeutet jeder Eingriff in den Übererlös eine Verletzung des Aneignungsrechts, die gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig macht. Wenn also dem Fiskus der Übererlös bei der Zwangsversteigerung eines herrenlosen Grundstücks entzogen wird, kann er gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 S. 1 bzw. 251 Abs. 1 BGB die Herausgabe des betreffenden Geldbetrages von dem Hinterzieher verlangen, auch wenn er vor der Zwangsversteigerung von seinem Aneignungsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hatte.

Auch dadurch, daß ohne Zustimmung des Fiskus ein anderer als er selbst in das Grundbuch eingetragen wird und ein Dritter von diesem auf Grund der Eintragung gemäß § 892 BGB gutgläubig Eigentum erwirbt, wird das Aneignungsrecht des Fiskus verletzt. Während sich der Anspruch gegen den Grundbuchrichter nach § 839 BGB richtet, haften die Beteiligten, insbesondere der Eingetragene, aus § 823 Abs. 1 BGB.

3. Der Schadensersatzanspruch des Verletzten

Verletzt wird durch einen Eingriff in das Aneignungsrecht des § 928 Abs. 2 BGB der jeweilige Inhaber dieses Rechts. Dies ist zunächst nach der Regelung des Gesetzes der Fiskus; er ist derjenige, der durch eine Verletzung des Aneignungsrechts geschädigt wird, solange er noch Inhaber dieses Rechts ist. Denn durch den Eingriff in das Grundstück, welches Gegenstand des Aneignungsrechts ist, wird die Rechtsstellung des Fiskus zu dem herrenlosen Grundstück, die auf

²³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 63 N. 9 = S. 219

²⁴⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 5 f zu § 928 BGB; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. 2 i Rn. 4 zu § 928 BGB; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 87, 4 = S. 420; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 5 b zu § 928 BGB

²⁵⁾ Stillschweig, Der Übererlös bei der Zwangsversteigerung herrenloser Grundstücke, JW 1922, 1379

²⁶⁾ Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ArchBürgR 32, 140

Grund des Aneignungsrechts bereits in der Schwebezeit besteht²⁷⁾, beeinträchtigt. Mit dem Objekt, auf das sich das Aneignungsrecht erstreckt, wird auch dieses Recht selbst wertloser. Infolgedessen ist die Auffassung nicht haltbar, daß bei einer Beschädigung des herrenlosen Grundstücks in der Schwebezeit kein Schadensersatzanspruch entstehen könne, da es an einem Beschädigten fehle²⁸⁾. Verletzt und geschädigt ist vielmehr der Fiskus als Inhaber des Aneignungsrechts, so daß ihm der Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung des herrenlosen Grundstücks zusteht²⁹⁾.

Es ist daher auch nicht erforderlich, daß zur Verfolgung eines Schadensersatzanspruches wegen Beschädigung eines herrenlosen Grundstücks ein Pfleger nach § 1913 BGB bestellt wird, wie man es teilweise für notwendig hält³⁰⁾. Nach § 1913 S. 1 BGB kann, wenn bei einer Angelegenheit der Beteiligte unbekannt ist oder es ungewiß ist, wer bei einer Angelegenheit der Beteiligte ist, diesem, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind aber im vorliegenden Falle nicht gegeben, da bei einem derartigen Schadensersatzanspruch nur der Fiskus Beteiligter ist und von einem unbekannten oder ungewissen Beteiligten, wie es § 1913 S. 1 BGB voraussetzt, somit keine Rede sein kann. Allein der Fiskus als Inhaber des Aneignungsrechts ist verletzt und hat einen Schadensersatzanspruch, nicht der frühere oder ein zukünftiger Eigentümer.

Der Fiskus kann das ihm gemäß § 928 Abs. 2 BGB an herrenlosen Grundstücken zustehende Aneignungsrecht an dritte Personen abtreten³¹⁾. Die Abtretung ist formlos gültig und hat die Wirkung, daß der Erwerber sich im Grundbuch eintragen lassen kann und damit unmittelbar Eigentümer wird. Dies ist zulässig, da das Aneignungsrecht des Fiskus kein höchstpersönliches Recht ist und er deshalb einem anderen statt seiner die Aneignung eines derelinquierten Grundstücks erlauben kann. Es liegt hier eine Aneignungsgestattung des Aneignungsberechtigten vor, jedoch zum Unterschied von anderen Formen in der Weise, daß das Aneignungsrecht auf Grund der Abtretung im ganzen vom Fiskus auf den Rechtserwerber übergeht³²⁾. Der Rechtserwerber tritt daher durch die Übertragung des Aneignungsrechts an die Stelle des Fiskus als des ursprünglich Aneignungsberechtigten³²⁾. Da der andere somit Inhaber des Aneignungsrechts geworden ist, wird er nunmehr durch jeden Eingriff in das Aneignungsrecht verletzt. Er kann in gleicher Weise wie sonst der Fiskus Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB erheben.

Verletzbar ist das Aneignungsrecht des § 928 Abs. 2 BGB durch jeden außenstehenden Dritten, auch durch den früheren Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks. Den Schadensersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer scheint Bendix³³⁾ abzulehnen, da seiner Auffassung nach das Recht, schädliche Einwirkungen auf das aufgegebenes Grundstück zu verbieten, dem Derelinquenten gegenüber beschränkt sei. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Von dem Zeitpunkt an,

²⁷⁾ Lent, Sachenrecht, 5. Aufl. 1955 § 28 II = S. 97

²⁸⁾ Planck, 3. Aufl. 1906 Anm. 9 zu § 928 BGB; Staudinger-Kober, 9. Aufl. 1926 Anm. II g zu § 928 BGB

²⁹⁾ Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900 § 31 = S. 232

³⁰⁾ Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ArchBürgR 32, 140 (192); Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 c zu § 928 BGB

³¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 63 II N. 8 = S. 219; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 87, 4 = S. 419; Lent, Sachenrecht, 5. Aufl. 1955 § 28 II = S. 97; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 5 a zu § 928 BGB; RG 82, 74

³²⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (186/87 N. 1); RG 103, 166

³³⁾ Bendix, Der sogenannte Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ArchBürgR 32, 140 (193)

zu dem der Eigentumsverzicht durch Eintragung im Grundbuch wirksam geworden ist, ist der Derelinquent nicht mehr Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks, so daß er mit dem nunmehr herrenlosen Objekt nicht mehr nach Belieben verfahren kann (§ 903 BGB). Die gegenteilige Ansicht von Bendix rührt daher, daß Bendix noch gewisse Beziehungen des früheren Eigentümers zu dem aufgegebenen Grundstück bestehen bleiben lassen will. Wenn also der frühere Eigentümer nach wirksamer Dereliktion (§ 928 Abs. 1 BGB) das aufgegebene Grundstück beschädigt, indem er z. B. noch wesentliche Bestandteile entfernt und wegschafft, verletzt er das Aneignungsrecht des Fiskus oder des Dritten, dem es dieser übertragen hat, und macht sich gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig. Besonders eingehend ist dabei jedoch die Frage des Verschuldens zu prüfen, insbesondere, ob ein beachtlicher Irrtum vorliegt.

Bei der Gewährung des Schadensersatzanspruches ist zu beachten, daß dem Aneignungsberechtigten in der Regel nur dann ein Schaden entsteht, wenn er von seinem Aneignungsrecht auch wirklich Gebrauch macht, andernfalls ist er in der Regel nicht geschädigt³⁴⁾. Wenn der Fiskus nicht die Absicht hatte, von seinem Aneignungsrecht Gebrauch zu machen, indem er sich in das Grundbuch eintragen lassen oder das Aneignungsrecht einem anderen übertragen wollte, kann ihm auch kein Schaden entstehen. Bei der Übertragung des Aneignungsrechts ist der Fiskus um den Betrag geschädigt, den er wegen der Beschädigungen weniger erhält.

³⁴⁾ Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 3 a zu § 928 BGB

§ 12. Das Jagdrecht

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Staudinger, Einiges über Aneignung von Tieren mittels Jagd, Fischerei und Vogelfang, SeuffBl. 63, 285 (296); Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 1902 § 325 II 2 = S. 1019; Ebner, Wildddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GoldtdArch 54, 252 (266); Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 212 ff.; OLG München 26, 73 (75); OLG München SeuffBl. 76, 490 (491); Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 535 (742, 743); OLG Köln RheinArch 91, 233; v. Brüneck, Das Recht der Jagdausübung in seiner Eigenschaft und Bedeutung wie in seinem Verhältnisse zum Jagdrecht nach der preußischen Jagdordnung v. 15. 7. 1907, Gruch. 57, 365 (378); Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 d zu § 958 BGB; RGSt 39, 427 (430); Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 38; OLG Jena mit Anm. von Kern JW 1922, 233; Josef, Schadensersatzpflicht des Wilderers, Recht 1922, 92; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I), JherJ. 74, 179 (228, 234 ff.); Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1927 § 229 II 2 a = S. 765; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 a 1 = S. 450; v. Pestalozza, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1932, 1036; Krieb, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 S. 305 N. 16; Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung 1935 S. 131/132, 281, 669/671; Larenz, Vertrag und Unrecht 2. Teil: Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937 § 33 I 1 b = S. 36; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anmerkung 3 b zu § 958 BGB; Fedder, Schuld und Haftung, 2. Aufl. 1942 S. 157; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anmerkung A 6 zu § 823 BGB; Wiefels, Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 1953 S. 46; OLG Celle RdL 1954, 334 (337); Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anmerkung II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB; Achilles-Greifff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 g zu § 823 BGB; BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 e zu § 823 BGB; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 II f = S. 163; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 b zu § 823 BGB; v. Bary, Das Jagdrecht im Lande Bayern, 1960 Anm. 7 zu § 1 BJG = S. 180

Ausdrücklich gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414

1. Das Wesen des Jagdrechts

Das Jagdrecht ist die ausschließliche Befugnis, auf einem bestimmten Gebiet wildlebende jagdbare Tiere (Wild) zu hegen, auf sie die Jagd auszuüben und sie sich als Jagdbeute anzueignen (§ 1 Abs. 1 BJagdG)¹⁾. Gemäß Art. 75 Ziff. 3 GG gehört das Jagdwesen zur Rahmengesetzgebung des Bundes. Als leitende Rechtsvorschrift auf diesem Gebiet ist das Bundesjagdgesetz erlassen worden, das in Bayern durch das Bayerische Jagdgesetz²⁾ ausgefüllt wird. Damit gehört das Jagdrecht nunmehr teils dem Bundes- und teils dem Landesrecht an, während es nach dem früheren Recht gemäß Art. 69 EGBGB der Landesgesetzgebung vorbehalten war. Für die Eigentumsverhältnisse an den jagdbaren Tieren gilt § 958 Abs. 2 BGB.

¹⁾ Bundesjagdgesetz v. 29. 11. 1952 (BGBl. I S. 780, ber. S. 843) — vgl. dazu Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz 2. Aufl. 1957; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 = S. 295 ff.

²⁾ Bayerisches Jagdgesetz (BayJG) v. 12. 11. 1958 (GVBl. S. 321, ber. 1959 S. 122) = Ziegler-Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 350

Der wesentliche Inhalt des Jagdrechts ist nach § 1 Abs. 1 BJagdG das Recht, sich die erlegten Tiere als Jagdbeute anzueignen. Somit ist das Jagdrecht ein ausschließliches Aneignungsrecht an herrenlosen Sachen, das sich teils nach Bundes- und teils nach Landesrecht richtet. Es ist wie die übrigen ausschließlichen Aneignungsrechte den dinglichen Rechten verwandt und gehört somit auch zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Das Jagdrecht umfaßt somit nach § 1 BJagdG drei selbständige, aber miteinander verwandte Befugnisse:

a) Das Hegerecht.

Die Hege hat die Erhaltung eines den landschaftlichen Verhältnissen angepaßten artenreichen und gesunden Wildbestandes zum Ziel. Sie muß so durchgeführt werden, daß Wildschäden in der Land- und Forstwirtschaft sowie in der Fischerei möglichst vermieden werden (§ 1 Abs. 2 BJagdG). Das Hegerecht gibt dem Jagdrechtsinhaber das Recht, den auf seinem Grundstück bzw. in seinem Jagdbezirk befindlichen Wildbestand zu hegen und zu pflegen, insbesondere Einwirkungen Dritter davon fernzuhalten.

b) Das Recht zur Jagdausübung.

Die Jagdausübung erstreckt sich auf das Aufsuchen, Nachstellen, Erlegen und Fangen jagdbarer Tiere (§ 1 Abs. 4 BJagdG). Dabei werden die jagdbaren Tiere eingeteilt einerseits in Haarwild (z. B. Rotwild, Hasen) und Federwild (z. B. Auerwild, Fasanen), andererseits in Hochwild (z. B. Rotwild, Auerwild, Steinadler) und Niederwild, wozu alle übrigen Wildarten gehören. Die einzelnen jagdbaren Tiere sind in § 2 BJagdG aufgezählt, wobei die Länder weitere Tiere für jagdbar erklären können. Bei der Ausübung der Jagd sind die allgemein anerkannten Grundsätze deutscher Weidgerechtigkeit zu beachten (§ 1 Abs. 3 BJagdG).

c) Das Recht zur Aneignung der Jagdbeute.

Es umfaßt auch die ausschließliche Befugnis, krankes oder verendetes Wild, Fallwild und Abwurfstangen sowie die Eier jagdbaren Federwildes sich anzueignen (§ 1 Abs. 5 BJagdG).

Inhaber des Jagdrechts ist der Grundstückseigentümer. Das Jagdrecht ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 BJagdG mit dem Grundstückseigentum untrennbar verbunden und kann daher nicht als selbständiges dingliches Recht begründet werden. Es steht dem jeweiligen Grundeigentümer zu und ist hiernach Bestandteil des Grundstücks³⁾.

Von dem Jagdrechtsinhaber (Grundstückseigentümer) ist der Jagdausübungsberechtigte zu unterscheiden. Gemäß § 2 Abs. 3 BJagdG darf das Jagdrecht nur in Jagdbezirken ausgeübt werden, und zwar steht die Ausübung des Jagdrechts auf Eigenjagdbezirken dem Grundstückseigentümer oder Nutznießer zu. Eigenjagdbezirke sind zusammenhängende Grundflächen mit einer land-, forst- oder fischereiwirtschaftlich nutzbaren Fläche von 75 ha⁴⁾ an, die im Eigentum ein und derselben Person oder einer Personengemeinschaft stehen (§ 7 BJagdG). Auf gemeinschaftlichen Jagdbezirken steht die Ausübung des Jagdrechts der Jagdgenossenschaft zu, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die aus den Eigentümern und Nutznießern der zum Jagdbezirk gehörenden Grundstücke zwangsweise gebildet wird. Die gemeinschaftlichen Jagdbezirke bestehen aus denjenigen Grundstücken einer Gemeinde, die nicht zu einem Eigenjagdbezirk gehören. Sie

³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 III = S. 298

⁴⁾ In Bayern beträgt die Mindestgröße eines Eigenjagdreviere 81,755 ha, im Hochgebirge mit seinen Vorbergen 300 ha (Art. 8 Abs. 1 BayJG).

müssen eine Mindestgröße von 150 ha zusammenhängendem Grundbesitz aufweisen⁵⁾. (§§ 8 u. 9 BJagdG)

Diese rechtliche Regelung, daß nicht jeder Eigentümer eines jagdfähigen Grundstücks das Jagdrecht ausüben darf, also die Unterscheidung zwischen Jagdrecht und Jagdausübungsrecht, halten Wolff-Raiser für eine unklare Vorstellung⁶⁾. Wenn das Gesetz ein Recht gebe und zugleich jede Rechtsausübung entziehe, fehle das Recht. Richtiger sei es, anzunehmen, daß auf den Grundstücken eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks die Jagdgenossenschaft das Jagdrecht, der Grundeigentümer aber ein Mitgliedschaftsrecht habe, welches Realrecht sei und von dem Grundeigentum, mit dem es verbunden ist, nicht getrennt werden kann⁷⁾. Dem mag de lege ferenda wohl zuzustimmen sein, zur Zeit ist aber die Regelung des Bundesjagdgesetzes geltendes Recht.

2. Die Rechtsstellung des Jagdpächters

Die Jagdgenossenschaft nutzt die Jagd in der Regel durch Verpachtung (§ 10 Abs. 1 S. 1 BJagdG); aber auch jeder Eigenjagdberechtigte kann nach § 11 BJagdG die Ausübung des Jagdrechts in seiner Gesamtheit an Dritte verpachten. Über das Wesen der Jagdpacht sowie über die Rechtsstellung, welche der Jagdpächter durch den Abschluß des Jagdpachtvertrages erhält, herrschte früher keine Einmütigkeit⁸⁾. Es wurde die Meinung vertreten, die Jagdpacht sei überhaupt keine Pacht im Rechtssinne, vielmehr der Erwerb eines privilegierten Aneignungsrechts⁹⁾. Nach anderer Ansicht waren der Jagdpacht dingliche Wirkungen beizumessen¹⁰⁾. Wieder andere räumten dem Jagdpächter nur schuldrechtliche Ansprüche unter Ausschluß sonstiger Rechte kraft eigenen Rechts ein¹¹⁾.

Auf jeden Fall sind bei der Jagdpacht zwei Begriffe auseinander zu halten: der Jagdpachtvertrag und das Jagdausübungsrecht¹²⁾ oder besser die Jagdbefugnis¹³⁾. Durch den Jagdpachtvertrag wird, wie durch jeden anderen Pachtvertrag, zwischen Pächter und Verpächter nur ein schuldrechtliches Verhältnis begründet. Der Jagdpächter erwirbt gegen den Verpächter den Anspruch auf Überlassung der Jagdausübung innerhalb der vereinbarten zeitlichen und räumlichen Grenzen und damit ein Recht auf Fruchtzuehung¹⁴⁾. Infolgedessen ist der Jagdpachtvertrag das obligatorische Kausalgeschäft für die in Erfüllung dieses Pachtvertrages erfolgende Übertragung der Jagdbefugnis. Diese Übertragung der Jagdausübung oder der Jagdbefugnis ist eine Verfügung, die von Raape¹⁵⁾ Jagderlaubnis genannt wird. Durch diese Unterscheidung wird die Rechtslage eindeutig geklärt: Der Jagdpachtvertrag ist und bleibt ein obligatorischer Vertrag, auch wenn er auf die zeitweilige Übertragung der Jagdbefugnis gerichtet ist. Er bekommt auch dadurch keine quasidingliche Natur, daß er dem Pächter das Recht auf den Eigentumserwerb am Wild gewährt¹⁶⁾. Daher ist der obligatorische Jagd-

⁵⁾ In Bayern: 250 ha, im Hochgebirge mit seinen Vorbergen 500 ha (Art. 10 Abs. 1 S. 1 BayJG)

⁶⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 V = S. 299

⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 V = S. 299

⁸⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935. S. 131 VII

⁹⁾ Stämmler, Ztschr. Reichsbund landwirtschaftl. Pächter, 1925 S. 102

¹⁰⁾ So: RG 41, 349, wo die Jagdpacht nach früherem rheinischem Recht gewürdigt wurde

¹¹⁾ Heintzeler, Reichsjagdgesetz Vorbem. zum 3. Abschnitt I, 2

¹²⁾ Kern, JW 1922, 233 Anm. zu OLG Jena

¹³⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (206)

¹⁴⁾ Kern, JW 1922, 233 Anm. zu OLG Jena

¹⁵⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (192)

¹⁶⁾ Kern, JW 1922, 233 Anm. zu OLG Jena

pachtvertrag auch dann gültig und wirksam, wenn das Erfüllungsgeschäft, die Übertragung der Jagdbefugnis = Jagderlaubnis, nicht wirksam vollzogen wird oder werden kann. Die Ansprüche des Pächters aus diesem Vertrag gegenüber dem Verpächter sind obligatorischer Natur. Inwieweit solche Forderungen zwischen Vertragspartnern zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehören, ist hier nicht zu behandeln¹⁷⁾. Der Jagderlaubnis kann ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vertrag zugrunde liegen. Der Revierinhaber kann Dritten, Jagdgästen, eine Jagderlaubnis erteilen, die dann auf Grund dieser von dem Revierinhaber schriftlich auszustellenden Erlaubnis die Jagd ausüben dürfen (Art. 15 Abs. 1 u. 2 BayJG). Hierher gehören die Gäste einer Treibjagd und der Freund, der sich einen Hasen schießen darf. Der einer Jagderlaubnis zugrunde liegende entgeltliche Vertrag wird in der Regel ein Pachtvertrag sein; nach Art. 15 Abs. 3 BayJG ist er stets einer Verpachtung gleichzuachten, sofern die Erteilung der Jagderlaubnis nicht nur vorübergehend ist. Außerdem kann aber auch ein anderer Vertrag, wie ein Dienstvertrag, der Jagderlaubnis zugrunde liegen, z. B. wenn einem Förster gestattet ist, jährlich eine gewisse Zahl von Wild zu erlegen und als Deputat zu behalten¹⁸⁾. Gemäß Art. 15 Abs. 5 BayJG sind angestellte Jäger und Jagdaufseher im Rahmen ihres Anstellungsvertrages zur Jagdausübung innerhalb ihres Dienstbereiches berechtigt; sie benötigen dazu keinen Jagderlaubnisschein. So kann die Jagdgenossenschaft die Jagd für eigene Rechnung durch angestellte Jäger ausüben lassen (§ 10 Abs. 2 BJagdG). Jagdaufseher sind die gemäß § 25 Abs. 1 BJagdG von der zuständigen Behörde bestätigten Personen, die innerhalb ihres Dienstbezirkes in Angelegenheiten des Jagdschutzes die Rechte und Pflichten der Polizeibeamten haben und Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind. In allen diesen Fällen ergibt sich aus dem obligatorischen Vertrag ein Anspruch gegen den Jagdrechtsinhaber darauf, daß er dem Vertragspartner die Ausübung des Rechts gewährt. Dieser rein schuldrechtliche Anspruch richtet sich gegen den Jagdrechtsinhaber, da niemand anders dem Vertragspartner die Jagdbefugnis verschaffen könnte¹⁹⁾. In Erfüllung des Jagdpachtvertrages wird dem Jagdpächter die Jagdbefugnis verliehen. Die Erteilung der Jagdbefugnis, die sogenannte Jagderlaubnis, ist daher eine Verfügung²⁰⁾. Der Jagdpächter erlangt dadurch das Recht zur Aneignung des Wildes. Dieses Recht kann ihm nur der Jagdberechtigte gewähren. Wer kein Jagdausübungsrecht hat, kann es auch nicht verleihen. Somit ist die Jagderlaubnis eine Aneignungsgestattung. Die durch sie übertragene Jagdbefugnis ist ein abhängiges oder unselbstständiges Recht, da es von dem Jagdrecht des Grundeigentümers abgeleitet ist. Infolgedessen wirkt die Jagdbefugnis grundsätzlich nicht gegen den Rechtsnachfolger des Erlaubenden; jedoch finden nach § 14 BJagdG bei der Veräußerung eines Eigenjagdbezirkes die Vorschriften der §§ 571 bis 579 BGB entsprechende Anwendung, ebenso im Falle der Zwangsvollstreckung die Vorschrift des § 57 ZVG. In gleicher Weise hat die Veräußerung eines zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehörigen Grundstücks auf den Pachtvertrag keinen Einfluß (§ 14 Abs. 2 BJagdG). Aber mit dem Jagdrecht erlischt grundsätzlich auch die davon abgeleitete Jagdbefugnis des Gestattungsempfängers²¹⁾. Man unterscheidet die ausschließliche und die einfache Jagdbefugnis. Dabei hat die ausschließliche Jagdbefugnis absolute Wirkungen gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Jagd-

¹⁷⁾ Siehe oben S. 16

¹⁸⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (193)

¹⁹⁾ OLG Celle RdL 1954, 334 (337)

²⁰⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (192)

²¹⁾ Raape, JherJ. 74, 179 (210)

berechtigten, der dem Jagdpächter die Jagdbefugnis eingeräumt hat, während die einfache Jagdbefugnis keine ausschließliche Wirkung hat, also durch den Vertrag in der Weise eingeschränkt ist, daß der Jagdberechtigte oder andere Dritte nebenher die Jagdbefugnis haben.

Aus dieser Unterscheidung zwischen Kausal- und Erfüllungsgeschäft folgt, daß der Pachtvertrag zwar nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen Pächter und Verpächter erzeugt, dem Jagdpächter aber in Erfüllung dieses Vertrages das Jagdausübungsrecht, die Jagdbefugnis, übertragen wird²²⁾. Diese Jagdbefugnis des Jagdpächters oder eines sonstigen Gestattungsempfängers ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB²³⁾. Es ist das von dem Jagdrecht des Grundeigentümers, das ohne Bedenken als ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anzusehen ist, abgeleitete Recht zur Jagdausübung²⁴⁾. Obwohl man die Jagdbefugnis wegen ihrer Abhängigkeit von dem Jagdrecht nicht als selbständiges Recht bezeichnen kann, wie es Behr-Ott-Nöth²⁵⁾ tun, so hat sie doch ebenso wie das Jagdrecht des Grundeigentümers absolute Wirkungen gegenüber jedermann. Wesen und Umfang der Jagdbefugnis sind dieselben wie beim Jagdrecht. Dabei ist aber zu beachten, daß auf Grund des obligatorischen Kausalgeschäfts die ausschließliche oder die einfache Jagdbefugnis verliehen werden kann. Steht dem Gestattungsempfänger die ausschließliche Jagdbefugnis zu, dann ist er genauso wie der jagdberechtigte Grundeigentümer gestellt; er kann also gegen jedermann, auch gegen den Verpächter, bei Verletzung seiner Jagdbefugnis Ansprüche erheben. Wenn aber ein Vorbehalt zugunsten des Jagdeigentümers oder anderer Personen besteht, hat die erteilte Jagdbefugnis diesen gegenüber keine Wirkung²⁶⁾. Für den Jagdpachtvertrag ist die Vorschrift des § 11 BJagdG von Bedeutung. Danach kann nur die Ausübung des Jagdrechts in seiner Gesamtheit an Dritte verpachtet werden. Ein Teil des Jagdausübungsrechts kann nicht Gegenstand eines Jagdpachtvertrages sein; jedoch kann sich der Verpächter einen Teil der Jagdnutzung, der sich auf bestimmte Wildarten bezieht, vorbehalten (§ 11 Abs. 1 S. 2 BJagdG). Insoweit liegt dann eine einfache und keine ausschließliche Jagdbefugnis vor.

Falsch ist es, der Jagdbefugnis des Jagdpächters den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB deshalb zu versagen, weil es sich dabei nur um ein Forderungsrecht gegenüber dem Verpächter handele. So ist verschiedentlich ausgeführt worden, der Pächter sei nur Gläubiger, seine Pacht nur ein persönliches und kein dingliches Recht²⁷⁾. Mit Recht weist der BGH²⁸⁾ demgegenüber darauf hin, daß sich die besondere Rechtsstellung des Jagdpächters aus § 292 StGB ergebe, der die Verletzung des Jagdrechts im Sinne des Jagdausübungsrechts unter Strafe stellt, und aus der Vorschrift des § 958 Abs. 2 BGB, der den Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache bei Verletzung des Aneignungsrechts eines anderen ausschließt. Allerdings verkennt der BGH die Rechtsposition des Jagdpächters, wenn er sein Aneignungsrecht als ein selbständiges Recht bezeichnet. Denn die Jagdbefugnis

²²⁾ Kern, Anm. zu OLG Jena JW 1922, 233

²³⁾ Kern, Anm. zu OLG Jena JW 1922, 233; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (228, 234 ff.); Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 131/132; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 zu § 823 BGB; BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6e zu § 823 BGB

²⁴⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 131

²⁵⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 131

²⁶⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (251)

²⁷⁾ So: OLG München SeuffA 60, 436 für den Fischereipächter, dessen Klage gegenüber dritten Störern abgewiesen wurde

²⁸⁾ BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

beruht auf dem Jagdrecht des Grundeigentümers. Der Jagdeigentümer verliert zwar zeitweilig die Jagdbefugnis, aber nicht das Jagdrecht²⁹⁾. Infolgedessen kann es der Pächter auch nicht erwerben und damit eine selbständige Rechtsstellung erlangen. Daraus folgt also, daß das Jagdrecht des Grundeigentümers und die Jagdbefugnis des Jagdpächters gleichzeitig nebeneinander bestehen. Beide sind durch den gleichen Eingriff verletzt und können Schadensersatzansprüche erheben, soweit ihnen ein Schaden entstanden ist.

Jedoch steht dem Pächter die Jagdbefugnis im Sinne des Jagdausübungsrechts nicht zu, wenn der mit ihm abgeschlossene Pachtvertrag von der Jagdbehörde beanstandet ist³⁰⁾. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 BJagdG ist der Jagdpachtvertrag der zuständigen Behörde anzuzeigen. Die Behörde kann den Vertrag binnen drei Wochen nach Eingang der Anzeige beanstanden, wenn die Vorschriften über die Pachtdauer nicht beachtet sind oder wenn zu erwarten ist, daß durch eine vertragsmäßige Jagdausübung die Vorschrift des § 1 Abs. 2 BJagdG verletzt wird (§ 12 Abs. 1 S. 2 BJagdG). Ist der Pachtvertrag fristgemäß beanstandet, so darf der Jagdpächter nach § 12 Abs. 4 S. 2 BJagdG die Jagd erst ausüben, wenn die Beanstandungen behoben sind oder wenn durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt ist, daß der Vertrag nicht zu beanstanden ist. Erst nach Beseitigung dieses Hindernisses kann die Jagdbefugnis für den Antragsteller entstehen³¹⁾. Ebenso darf der Pächter nach § 12 Abs. 4 S. 1 BJagdG vor Ablauf von drei Wochen nach Anzeige des Vertrages durch einen Beteiligten die Jagd nicht ausüben, sofern nicht die Behörde die Jagdausübung zu einem früheren Zeitpunkt gestattet. Bei fristgemäßer Beanstandung und vor Ablauf von drei Wochen nach der Anzeige des Jagdpachtvertrages hat der Jagdpächter also keine Jagdbefugnis als ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB erworben.

3. Die Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten

Nur der Jagdberechtigte kann durch Aneignung Eigentum an Wild erwerben. Wenn ein anderer, der nicht aneignungsberechtigt ist, jagdbare Tiere lebend oder tot in Besitz nimmt, bleibt dieses Wild herrenlos, und das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten besteht an ihm weiter. Diese Feststellung, die für die Verletzung des Aneignungsrechts von erheblicher Bedeutung ist, ist in der Literatur allerdings nicht unbestritten. Die herrschende Meinung steht jedoch auf dem gleichen Standpunkt³¹⁾. Danach bleibt das vom Wilderer erbeutete Wild zunächst herrenlos, bis es entweder der Jagdberechtigte in Besitz bekommt, ein gutgläubiger Dritter, der von der Art der Erlangung keine Kenntnis hat, Eigentum erwirbt oder auf sonstige Weise Eigentum erworben wird³²⁾. Der Wilderer kann hier auch nicht als unfreiwilliger Repräsentant erscheinen, der das Eigentum an dem Wild für den Berechtigten erwirbt.

²⁹⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (257)

³⁰⁾ OLG Celle RdL 1954, 334 (337)

³¹⁾ Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1908 § 111 N. 7; Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 = S. 33; Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 b zu § 958; Soergel, 8. Aufl. 1953 Anm. 3 zu § 958 BGB; R. Schmidt, Bürgerl. Recht, 3. Bd. Sachenrecht 2. Aufl. 1954 S. 57; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB; Mitzschke-Schäfer, Komm. zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 4 zu § 1 BJG; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 III 2 = S. 292; RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. 3 zu § 958 BGB; RGSt. 39, 427; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 II f = S. 163

³²⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB

Nach der Gegenmeinung³³⁾ soll durch jede Okkupation für den Aneignungsberechtigten Eigentum erworben werden. Heck³⁴⁾ führt dazu aus, § 958 BGB enthalte nur den Ausschluß des Okkupanten, ohne im übrigen das Schicksal der Sache zu regeln. Die Ergänzung dieser Lücke nach Interessenprüfung führe zum Eigentum des Jagdberechtigten. Dafür falle ins Gewicht, daß die in dem Aneignungsrecht enthaltene Zuweisung nur wegen der Unbestimmtheit des Objekts der Form des Eigentums entbehre und deshalb zu Eigentum werden müsse, sobald das Hindernis weg falle. In der Tat liege im Grunde nur ein terminologisches Problem vor. Das Aneignungsrecht an einer individuell bestimmten Sache, wie es die herrschende Meinung annehme, gebe dem Jagdberechtigten genau dieselben Befugnisse wie das Eigentum. Es liege daher, wenn man auf den Interessengehalt Gewicht lege, dasjenige subjektive Recht vor, das sonst Eigentum genannt würde. Die Begriffsbestimmung des § 903 BGB treffe auf die Befugnisse des Jagdberechtigten in Bezug auf die gewilderten Tiere zu. Westermann³⁵⁾ schließt sich der von Heck vertretenen Ansicht, daß der ausschließlich Aneignungsberechtigte Eigentümer wird, sobald die Sache in Besitz genommen ist, an. Ergänzend führt er aus, das Gesetz hätte dem Jagdberechtigten wie fremde und frühere Rechte auch Eigentum am Wild zusprechen können. In ähnlicher Weise wendet sich Radloff³⁶⁾ gegen die herrschende Lehre, daß die Jagdbeute des Wilderers herrenlos bleibt. Unter Berufung auf die Protokolle³⁷⁾ ist er der Ansicht, daß die herrschende Meinung zu unnatürlichen und unangemessenen Konsequenzen führe, weil demnach an der Jagdbeute des Wilderers kein vollendeter Diebstahl begangen werden könne. Wenn der Wilderer das erlegte Wild auf ein anderes Jagdgebiet schaffe, so unterliege es dem Aneignungsrecht des dort Jagdberechtigten. Allerdings sei es selbstverständlich, daß der Jagdberechtigte gegen den Wilderer einen Anspruch auf Herausgabe des Wildes haben müsse. Jedoch sei der Weg über einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nicht richtig, da sich im Vermögen des Jagdberechtigten nicht Eigentum oder Besitz am Wild, sondern nur das Recht auf seine Aneignung befänden. Der Vermögensverlust des Jagdberechtigten bestehe nicht im Verlust des Wildes bzw. seines Wertes, sondern im Verlust der Möglichkeit seiner Erlegung. Naturalrestitution sei unmöglich, denn sie könne nur darin bestehen, daß das erlegte Wild wieder lebend ins Jagdgebiet gesetzt würde. Der Wert der Möglichkeit der Erlegung lasse sich in Geld kaum schätzen, namentlich dann nicht, wenn die Möglichkeit, wie bei Wechselwild, eine sehr entfernte sei. Eine Rechtsansicht, die zu so unbefriedigenden Ergebnissen führe, bedürfe dringend der Nachprüfung. Als rationelle Lösung des Problems erscheine der Eigentumserwerb des Jagdberechtigten an der Jagdbeute des Wilderers unter dem Gesichtspunkt des Fruchterwerbs. Bestätigt werde diese Auffassung durch § 960 BGB, wonach die Herrenlosigkeit wilder Tiere nur so lange besteht, als sie sich in Freiheit befinden. Zum Begriff der Herrenlosigkeit einer Sache gehöre nicht nur, daß die Sache keinen Eigentümer hat, sondern auch, daß sie sich in niemandes Besitz befinde. Wenn gemäß § 960 BGB mit der Erlegung die Freiheit und mit der Freiheit die Herrenlosigkeit des Wildes ende, so müsse gleichzeitig notwendig Eigentum entstehen. Bei nichtjagdbarem Wild werde es nach § 958 Abs. 1 BGB durch Aneignung, bei jagdbarem Wild nach den entsprechend anwendbaren §§ 953—957 BGB, insbeson-

³³⁾ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930 § 64, 6 = S. 269; Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 IV = S. 281

³⁴⁾ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930 § 64, 6 = S. 292

³⁵⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 IV = S. 281

³⁶⁾ Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414

³⁷⁾ Protokolle der II. Kommission, 1897—1899 Bd. VI S. 376 ff.

dere § 956 BGB, unter dem Gesichtspunkt des Fruchterwerbs begründet. Mit der Erlegung eines jagdbaren Tieres durch einen Wilderer werde der Jagdberechtigte Eigentümer.

Die Auffassung, daß auch bei Verletzung des Aneignungsrechts durch einen Dritten der Jagdberechtigte Eigentum an der Jagdbeute erwirbt, würde zu dem Ergebnis führen, daß der Jagdberechtigte das erbeutete Wild als Eigentümer gemäß § 985 BGB herausverlangen könnte. Demnach würde das Aneignungsrecht nur solange bestehen, bis der Wilderer die Sache in Besitz nimmt, weil dadurch für den Jagdberechtigten Eigentum erworben würde. Nach dieser Auffassung könnte das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten niemals durch Wilderei verletzt werden, da der Jagdberechtigte durch jede Verletzung seines Aneignungsrechts Eigentümer der Jagdbeute würde. Für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Aneignungsrechts wäre somit kein Raum mehr und dieses Aneignungsrecht kein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschrift.

Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Nach der Fassung des § 958 BGB bleibt das Wild so lange herrenlos, bis es in die Hand des Jagdberechtigten gelangt, indem dieser es in Eigenbesitz nimmt. Insbesondere sind die Angriffe Radloffs³⁸⁾ gegen die herrschende Lehre nicht begründet, wie von Pestalozza³⁹⁾ mit Recht nachgewiesen hat. Auf keinen Fall kann der Schadensersatzanspruch des Jagdberechtigten nach § 823 Abs. 1 BGB daran scheitern, daß die Berechnung des Schadens gewisse Schwierigkeiten bereitet. Aufgabe der Judikatur und der Rechtswissenschaft ist es, gerade diese Probleme zu lösen. Vor allem übersieht Radloff, daß das Gesetz die Sondervorschriften über Wild unter dem Titel „Aneignung“ bringt. Wie bei allen herrenlosen Sachen vollzieht sich auch der Eigentumserwerb an Wild nur durch Aneignung. Auch § 960 BGB liefert kein Argument für die Gegenmeinung. Diese Vorschrift besagt lediglich, daß wilde Tiere, solange sie sich in Freiheit befinden, herrenlos sind, gefangene wilde Tiere dagegen in Eigentum stehen. Ein erlegtes totes Tier fällt überhaupt nicht unter § 960 BGB, da diese Vorschrift sich nur auf lebende Tiere bezieht⁴⁰⁾.

Das Wild bleibt also herrenlos, bis es der Jagdberechtigte in Eigenbesitz nimmt. Solange das Wild herrenlos ist, besteht das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten an ihm fort und kann auch durch Dritte verletzt werden. Zur Abgrenzung des Verletzungstatbestandes ist daher die Frage von Bedeutung, in welchem Zeitpunkt Eigentum an dem bis dahin herrenlosen Wild erworben wird und das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten damit erlischt. Es kommen für den Eigentumserwerb und damit für das Erlöschen des Aneignungsrechts die drei Fälle der Besitzergreifung (Aneignung) durch den Jagdberechtigten, des gutgläubigen Erwerbs durch einen Dritten und der Verarbeitung in Betracht.

Das Aneignungsrecht erlischt also zunächst dadurch, daß der Jagdberechtigte Eigentum an dem Wild erwirbt. Dazu muß er gemäß § 958 Abs. 1 BGB die Jagdbeute in Eigenbesitz nehmen, also die Tiere und diejenigen Gegenstände, die vom Aneignungsrecht umfaßt werden, okkupieren⁴¹⁾. Der Jagdberechtigte muß die volle tatsächliche Gewalt über die Jagdbeute erhalten⁴²⁾. An dem in der Schlinge gefangenen Wild hat der Jagdberechtigte noch keinen Besitz erlangt, da ihm die tatsächliche Gewalt über die Tiere fehlt. Infolgedessen stehen diese Tiere nicht in seinem Eigentum; es besteht an ihnen das Aneignungsrecht fort⁴³⁾. Der Hase in

³⁸⁾ Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414

³⁹⁾ v. Pestalozza, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1932, 1036

⁴⁰⁾ v. Pestalozza, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1932, 1036

⁴¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 III = S. 291

⁴²⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 2 a Rn. 3 zu § 958 BGB

⁴³⁾ RGSt 23, 89; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil 3. Aufl. 1959 § 32 I A = S. 243

der Schlinge ist also noch nicht okkupiert. Allerdings ist mangels einer besonderen Einschränkung des Gesetzes unter Eigenbesitz auch der mittelbare Eigenbesitz zu verstehen. Wenn jemand herrenloses Wild in Besitz nimmt, um es einem anderen, für den er handelte, in diesem Fall für den Jagdberechtigten, zu geben, erwirbt der Jagdberechtigte Eigenbesitz und Eigentum, spätestens sobald er hiervon erfährt und zwischen beiden das Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB hergestellt ist⁴⁴⁾. Zwischen dem Jäger und seinem Dienstherrn, für den er Wild abzuschießen hat, besteht das Besitzmittlungsverhältnis schon vorher. Somit erwirbt der Jagdberechtigte durch die Besitzergreifung des Jägers an der Jagdbeute Eigenbesitz und Eigentum an ihr⁴⁵⁾. Auf die streitige Frage, ob die Aneignung Rechtsgeschäft oder Realakt ist, braucht im Zusammenhang mit der Verletzung des Aneignungsrechts nicht eingegangen zu werden.

Weiterhin kann ein gutgläubiger Erwerber gemäß § 932 BGB Eigentum an dem herrenlosen Wild erlangen⁴⁶⁾. Der Erwerber darf dann von der Art der Erlangung des Tieres durch den Wilderer unter Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten keine Kenntnis haben. Er darf also nicht wissen oder hätte wissen müssen, daß die von ihm erworbene Jagdbeute gewildert oder in sonstiger Weise durch Verletzung des Aneignungsrechts eines Jagdberechtigten von einem Jagdfrevler erlangt worden ist⁴⁷⁾. Wer also von jemandem, der, wie er weiß, ständig wildert, Wild kauft, ist nicht gutgläubig, da er auf jeden Fall grob fahrlässig gehandelt hat (§ 932 Abs. 2 BGB). Hinsichtlich eines entschuldbaren Irrtums über die sich ergebenden Rechtsfolgen gelten die vom Reichsgericht entwickelten allgemeinen Grundsätze über den Irrtum⁴⁸⁾. Der Tatsache, daß ein gutgläubiger Dritter an der Jagdbeute des Wilderers Eigentum erlangt, steht auch nicht die Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB entgegen, wonach der Eigentumserwerb nicht eintritt, wenn die betreffende Sache dem Besitzer abhanden gekommen war⁴⁹⁾. Denn der Jagdberechtigte hatte an dem Wildergut noch keinen Besitz, so daß § 935 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet und der Jagdberechtigte den Einwand des Abhandenkommens nicht entgegenhalten kann. Durch den Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten gemäß § 932 BGB erlischt nach § 936 Abs. 1 S. 1 BGB das an dem herrenlosen Wildergut bis zu diesem Zeitpunkt noch fortbestehende Aneignungsrecht des Jagdberechtigten⁵⁰⁾.

Schließlich kann durch Verarbeitung oder Umbildung des Wildergutes in eine neue bewegliche Sache gemäß § 950 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentum an der neuen Sache erworben werden. Mit dem Eigentumserwerb an der neuen Sache erlöschen die an dem bisherigen Stoff bestehenden Rechte (§ 950 Abs. 2 BGB) und damit auch das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten. Ausnahmsweise wird nach § 950 Abs. 1 S. 1 BGB kein Eigentum erworben, wenn der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Über den Begriff der Neuheit der entstandenen Sache entscheidet die Verkehrsauffassung. Für den Eigentumserwerb durch Verarbeitung der gewilderten Jagdbeute ist also Voraussetzung, daß die um-

⁴⁴⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 958 BGB; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 2 c Rn. 3 zu § 958 BGB

⁴⁵⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. I 2 c Rn. 3 zu § 958 BGB

⁴⁶⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 78 III 2 = S. 292; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 II f = S. 163

⁴⁷⁾ Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 = S. 33
⁴⁸⁾ RGSt 39, 427 (430 ff.)

⁴⁹⁾ Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 = S. 33; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 b zu § 958 BGB; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB; Palandt-Hoche, 18. Aufl. 1959 Anm. 3 zu § 958 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 4 zu § 958 BGB

⁵⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 70 N. 1 = S. 258 und § 78 III 2 = S. 292

schaffende Arbeit überwiegender Wertfaktor ist gegenüber der stofflichen Unterlage. Hierher gehören die Fälle, daß die Haut der erlegten Tiere gegerbt und das Leder dann verarbeitet wird, etwa zu Handschuhen, Lederhosen usw.; ferner, daß aus dem Geweih Knöpfe (Hirschhornknöpfe) angefertigt werden⁵¹⁾. Keine Verarbeitung liegt demgemäß vor, wenn der Wert des Materials das Arbeitsergebnis überwiegt. Dies ist zum Beispiel der Fall beim Binden von Gamsbarten und dem Aufsetzen eines Geweihes auf ein Schild⁵¹⁾. Ebenfalls keine Verarbeitung liegt in der genußfertigen Zubereitung des Wildbrets durch Kochen, Braten, Räuchern, Konservieren usw. Diese Vorgänge schaffen nichts Neues. Sie geben der Jagdbeute keine neue Gestalt⁵¹⁾. Auch durch Zähmung eines wilden Tieres kann kein Eigentum an ihm erworben werden⁵²⁾. Die Tatsache der Zähmung ist insoweit ohne Bedeutung, insbesondere liegt in ihr kein Eigentumserwerb durch Umbildung im Sinne von § 950 Abs. 1 BGB. Denn das Wild verliert durch die Zähmung nur die Gewohnheit freien Umherschweifens, wird aber keine neue Sache.

In allen Fällen, in denen durch einen dritten Erwerber oder durch Verarbeitung kein Eigentum erworben wird, besteht das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten weiter. Es ist verletzbar, solange es nicht durch den Eigentumserwerb eines Dritten untergegangen ist. Gegenstand des ausschließlichen Aneignungsrechts, des privatrechtlich wichtigsten Kerns des Jagdrechts⁵³⁾, sind gemäß § 1 Abs. 5 BJagdG der Körper des lebenden oder verendeten, aber noch nicht verwesenen Wildes, die Eier des Federwildes und die abgeworfenen Geweihe. Verletzt wird das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten demgemäß durch jede Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung derjenigen Sachen, die Gegenstand des Jagdrechts sind. Jedes Erlegen und Fangen von Wild, das dem Jagdrecht eines anderen unterliegt, stellt daher eine Verletzung des ausschließlichen Aneignungsrechts des Jagdberechtigten dar, so daß Wildern stets unter die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB fällt. Auch wenn der Wilderer das Wild nur verletzt oder tötet, es sich dann aber nicht aneignet oder gar nicht die Absicht dazu hatte, verletzt er das Aneignungsrecht. Es macht keinen Unterschied, ob der Wilderer frei herumlaufende Tiere oder bereits in einer Schlinge gefangenes Wild verletzt, tötet oder sich aneignet. Denn an den in einer Schlinge gefangenen Tieren hat der Jagdberechtigte noch keinen Besitz und damit gemäß § 958 BGB auch kein Eigentum an ihnen erlangt. Am Wild in der Schlinge besteht daher das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten fort und ist verletzbar⁵⁴⁾. Wer sich Fallwild in einem fremden Jagdrevier aneignet, verletzt das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten. Ebenso erfüllt der Nachtäter, der sich ein vom Wilderer erlegtes, aber nicht mitgenommenes Tier zueignet, den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, da auch ein solches Tier in Verbindung mit § 1 Abs. 5 BJagdG als Gegenstand des Jagdrechts zu betrachten und nicht anders als Fallwild zu behandeln ist⁵⁵⁾. Inwieweit das gutgläubige Ansichnehmen von Fallwild einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst, hängt davon ab, ob derjenige, der das Fallwild mitgenommen hat, bei der Prüfung seiner Berechtigung die erforderliche Sorgfalt angewandt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) und somit nicht fahrlässig gehandelt hat⁵⁶⁾. Auch durch das Mitnehmen von Geweihen oder Eiern von Federwild wird das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt, da diese Gegenstände gemäß § 1 Abs. 5 BJagdG dem Jagdrecht unterliegen. Eine Verletzung des Aneig-

⁵¹⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 676

⁵²⁾ RGSt 39, 427 (430); Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 676

⁵³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 1 = S. 299

⁵⁴⁾ Ebner, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GoldtArch 54, 252; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil 3. Aufl. 1959 § 32 II A = S. 243; RGSt 23, 89

⁵⁵⁾ Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil 3. Aufl. 1959 § 32 II A = S. 243

⁵⁶⁾ Wirsching, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern, 1902 S. 244

nungsrechts ist auch die Beschädigung oder Zerstörung solcher Gegenstände. Wenn allerdings Spaziergänger Abwurfstangen oder Vogeleier aus dem Wald mitbringen, kann mitunter ein fahrlässiges Verhalten fehlen, das hier besonders zu prüfen ist. Besonders leicht kann bei der Vornahme landwirtschaftlicher Arbeiten, etwa durch Ausmähen brütenden Federwildes, junger Hasen, Rehkitze usw., Wild verletzt und getötet werden⁵⁷⁾. Doch wird darin nicht immer ein schuldhaftes Verhalten des Bauern zu erblicken sein. Wenn er allerdings die Tiere fahrlässig oder vorsätzlich verletzt oder getötet und sich angeeignet hat, macht er sich gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig wegen Verletzung des Aneignungsrechts.

Wenn beim Betrieb eines Kraftfahrzeuges jagdbares Wild verletzt oder getötet wird, so findet auch die Vorschrift des § 7 StVG Anwendung⁵⁷⁾. Jedoch liegt in der Regel ein unabwendbares Ereignis im Sinne von § 7 Abs. 2 StVG vor, wenn Wild über die Straße springt und dabei von einem Kraftfahrzeug getötet wird. Wer aber beim Erscheinen von Wild die Geschwindigkeit nicht mindert oder dem Wild nicht nach Möglichkeit ausweicht, haftet dem Jagdberechtigten ebenso nach §§ 7 StVG, 823 Abs. 1 BGB wie derjenige, der in den Lichtkegel laufendes Wild durch Beschleunigung der Geschwindigkeit verletzt oder tötet. Aneignung ist immer, auch bei unverschuldetem Überfahren des Wildes, eine Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten, die den Täter nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig macht.

Auch durch einen mittelbaren Eingriff in das Aneignungsrecht kann dieses verletzt werden. So kann durch übermäßigen Kunstdünger eine Wildvergiftung eintreten und die Tiere dadurch getötet werden⁵⁸⁾. Ein Verschulden wird in diesem Fall dann vorliegen, wenn das Streuen des Kunstdüngers unzeitig und unsachgemäß geschehen ist.

Das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten besteht nur an dem Wild, das sich in seinem Bezirk befindet und auch nur, solange es sich darin aufhält⁵⁹⁾. Sobald das Wild das Jagdgebiet verlassen hat, sind die Befugnisse des Jagdberechtigten an ihm erloschen⁶⁰⁾. Im älteren deutschen Recht durfte der Jagdberechtigte dem Tier, das er in seinem Revier angeschossen hatte, auf ein Nachbarrevier folgen und es dort okkupieren. Dieses Recht der Jagd- oder Wildfolge ist seit 1848 aufgehoben worden; es kann aber unter Nachbarn vertraglich eingeräumt werden⁶¹⁾. Gemäß Art. 24 BayJG ist der Inhaber des Nachbarreviers berechtigt, soweit keine Wildfolge vereinbart ist, das übergewechselte krankgeschossene Wild sich anzueignen. Er verletzt also dadurch nicht das Aneignungsrecht des Schützen, wird aber selbst in seinem Aneignungsrecht verletzt, wenn ihm ein Dritter (Wilderer) bei der Okkupation zuvorkommt. Nach Art. 25 Abs. 1 BayJG darf krankgeschossenes Wild in fremdem Jagdrevier nur auf Grund besonderer schriftlicher Vereinbarung verfolgt werden (Wildfolge). Ist Wildfolge vereinbart, so gehören im Zweifel die Erinnerungsstücke dem Erleger und das Wildbret dem Revierinhaber des Fundorts (Art. 25 Abs. 2 Ziff. 1 BayJG). Die Verfolgung krankgeschossenen Wildes im eigenen Jagdrevier ist in Gebäuden, Hofräumen und Hausgärten nicht gestattet (Art. 26 S. 2, Art. 6 Abs. 1 BayJG, § 6 S. 1 BJagdG). Jedoch bleibt das Aneignungsrecht des Revierinhabers unberührt, so daß die Besitzer solcher Gebäude, Hofräume und Hausgärten das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzen, sofern sie das krankgeschossene Wild sich lebendig oder tot aneignen.

⁵⁷⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung 1935 S. 671; Weimar, Auto tötet 11 Wildschweine, VW 1960 S. 774

⁵⁸⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 131, 671

⁵⁹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 1 = S. 299

⁶⁰⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 547

⁶¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 1 = S. 300

Während es bei natürlichem Wildwechsel unbestritten ist, daß das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten sich nur auf seinen bestimmten Jagdbezirk erstreckt⁶²⁾, ist die Frage streitig, ob das Aneignungsrecht auch fort dauert, wenn die Überschreitung der Jagdgrenzen durch das Wild die Folge menschlicher Einwirkung ist⁶³⁾. Auf jeden Fall ist das Anlocken von Wild aus dem Nachbarrevier weder verboten noch sittenwidrig⁶⁴⁾, so daß darin auch keine Verletzung des Aneignungsrechts des Nachbarn liegen kann. Das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten besteht auch an dem in seinem Jagdbezirk von Unbefugten (Wilderer) erlegten oder lebend gefangenen Wild, auch wenn es aus dem Bezirk weggeschafft ist⁶⁵⁾. Das Aneignungsrecht erlischt also nicht dadurch, daß das erlegte Tier vom Wildddieb an einen Ort gebracht wird, auf den sich das Jagdrecht des Geschädigten nicht erstreckt⁶⁶⁾. Nach der entgegengesetzten Auffassung⁶⁷⁾ soll der Inhaber des Nachbarreviers, in dessen Jagdbezirk der Wilderer die Jagdbeute verbracht hat, aneignungsberechtigt sein, da die Beute herrenlos geblieben sei. Dem Jagdausübungsberechtigten des Erlegungs-Jagdbezirks sollen dann gegen den Jagdnachbarn keine Ansprüche zustehen⁶⁸⁾. Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Denn das Jagdrecht gewährt dem Verletzten bestimmte Befugnisse. Der Jagdberechtigte kann, wenn er den Wilderer auf frischer Tat antrifft und die Voraussetzungen des § 229 BGB vorliegen, diesem das Wildergut (lebend gefangene oder frisch erlegte Tiere und Fallwild) im Wege der Selbsthilfe mit der Wirkung wegnehmen, daß er sofort Eigentümer wird⁶⁹⁾. Dieses Selbsthilfeverbot kann dem Jagdberechtigten auch dann nicht abgesprochen werden, wenn der Wilderer die Grenzen des Erlegungs-Jagdbezirks überschreitet. Aber der Jagdberechtigte kann nicht nur die Fortschaffung eines dem Aneignungsrecht unterliegenden Tieres aus seinem Jagdbezirk verhindern, sondern auch gegen denjenigen, der das Tier widerrechtlich entfernt hat, gemäß §§ 823, 249 BGB die Zurechtschaffung in das Jagdgebiet erzwingen. Sobald durch Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten ein solcher Anspruch entstanden ist, besteht auch das Aneignungsrecht fort, da sich an dem widerrechtlichen Eingriff auch dadurch nichts ändert, daß die durch den Eingriff in das Jagdrecht erlangte Beute in ein Nachbarrevier geschafft wird. Entzogen ist dem Berechtigten nur die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung dieses Rechts, solange das Wildergut dem Jagdgebiet widerrechtlich ferngehalten wird⁷⁰⁾. Infolgedessen verbleibt das Aneignungsrecht dem Jagdberechtigten, in dessen Revier das Wild unter Verletzung seines Okkupationsrechts ergriffen wurde⁷¹⁾. Der Jagdnachbar kann somit kein Aneignungsrecht an der Jagdbeute erlangen, die in einem anderen Jagdrevier durch Verletzung fremden Jagdrechts erlegt worden ist. Eignet sich also der Jagdnachbar ein in fremdem Jagdrevier gewildertes Tier an, so verletzt er das Aneignungsrecht des im Erlegungs-Jagdrevier Jagdberechtigten.

⁶²⁾ Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1927 § 229 II 2 a = S. 765
⁶³⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 547

⁶⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 1 = S. 299 N. 19; RG 44, 200

⁶⁵⁾ Pollwein, Bayer. Gesetz v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 BayJG = S. 20/21; Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 BayJG = S. 33; Planck, 3. Aufl. 1905 Anm. 4 zu Art. 69 EGBGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 1 = S. 299

⁶⁶⁾ Klotz, Das Reichsjagdgesetz, 1936 Anm. 1 B zu § 1 RJG = S. 5

⁶⁷⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 547 (550); Mitschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG

⁶⁸⁾ Mitschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG

⁶⁹⁾ Wirsching, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern, 1902 S. 243

⁷⁰⁾ RGSt 39, 427 (430)

⁷¹⁾ Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 BayJG = S. 33

Das gleiche gilt für das Verhältnis des Jagdberechtigten zu einem Dritten, der Wildergut erhalten hat, von dem er weiß, daß es unter Verletzung fremden Jagdrechts widerrechtlich erlegt und aus dem Jagdrevier fortgeschafft worden ist. Wer Wildergut, von dem er weiß oder es den Umständen nach annehmen mußte, daß es durch Verletzung fremden Aneignungsrechts (Wilderei) erlangt worden ist, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu dessen Absatz bei anderen mitwirkt (§ 259 StGB), verletzt das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten. Er tut dies dadurch, daß er das Tier dem Jagdbezirk fortwährend fernhält und dadurch den durch die Wilderei geschaffenen widerrechtlichen Zustand aufrechterhält⁷²⁾. Auf diese Weise wird der Eingriff in das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten fortgesetzt. Auch in diesem Fall steht dem also nicht entgegen, daß sich dieses Recht nur auf die im Jagdbezirk, nicht aber auf die außerhalb desselben befindlichen jagdbaren Tiere erstreckt⁷³⁾. Daraus folgt nur das Erlöschen des Aneignungsrechts an solchen Tieren, die sich aus dem Jagdbezirk entfernt haben oder nach ihrer widerrechtlichen Fortschaffung an einen gutgläubigen Erwerber gelangt sind. Bei gutgläubigem Erwerb durch Veräußerung an einen Dritten bleibt dem Jagdberechtigten lediglich der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den Wilderer, da der gutgläubige Erwerber das Aneignungsrecht nicht verletzt hat⁷⁴⁾. Sofern der Wilderer an seiner Jagdbeute durch Verarbeitung Eigentum erwirbt, haftet er dem Jagdberechtigten gemäß § 823 Abs. 1 BGB, jedoch kann ein Dritter, der die neue Sache erworben hat, das nunmehr erloschene Aneignungsrecht nicht mehr verletzen, selbst wenn er bösgläubig gewesen ist. Sofern diese Voraussetzungen aber nicht vorliegen und der durch widerrechtliche Entfernung des Wildergutes entstandene Zustand durch ebenfalls widerrechtliche Fernhaltung der Jagdbeute von dem Jagdgebiet des Aneignungsberechtigten aufrechterhalten wird, besteht das Aneignungsrecht weiter⁷⁵⁾. Daraus folgt, daß jeder, der die Jagdbeute in Kenntnis oder in grob fahrlässiger Unkenntnis ihrer widerrechtlichen Erlegung in Besitz bekommt, das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt. Da somit das im Besitz des Wilderers befindliche Wild noch dem ausschließlichen Aneignungsrecht des Jagdberechtigten unterliegt, verletzt derjenige dieses Aneignungsrecht, der dem Wilderer solches Wild unbefugt wegnimmt⁷⁶⁾.

Grundsätzlich ist das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten durch jeden Dritten verletzbar. Das sich aus der Jagdbefugnis ergebende Aneignungsrecht des Jagdpächters ist insoweit dem Jagdrecht des Eigenjagdberechtigten gleichgestellt. Der Jagdpächter kann gegen jeden Dritten Ansprüche wegen Verletzung seines Aneignungsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB erheben⁷⁷⁾. Im Verhältnis zwischen dem Inhaber der Jagdbefugnis auf der einen Seite und dem Jagdeigentümer oder anderen gleichfalls in demselben Jagdbezirk Jagdberechtigten auf der anderen Seite ist jedoch zu unterscheiden, ob es sich um eine ausschließliche oder eine einfache Jagdbefugnis handelt. Steht dem Jagdberechtigten die ausschließliche Jagdbefugnis zu, dann kann sein Aneignungsrecht auch durch den Verpächter verletzt werden. Dieser verletzt das Aneignungsrecht des Inhabers der Jagdbefugnis, wenn er,

⁷²⁾ RGSt 39, 427 (430)

⁷³⁾ RGSt 39, 427 (430)

⁷⁴⁾ Pollwein, Bayer. Gesetz v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 BayJG = S. 20/21

⁷⁵⁾ RGSt 39, 427 (430)

⁷⁶⁾ Ebner, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GoldtdArch 54, 252; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 II f = S. 163

⁷⁷⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I), JherJ 74, 179 (234)

solange der Jagdpachtvertrag besteht, Wild erlegt oder sich aneignet⁷⁸⁾. Das gleiche gilt für alle anderen dem Jagdrecht unterliegenden Gegenstände. Der Verpächter hat alles zu unterlassen, was die Jagdbefugnis des Jagdpächters beeinträchtigen könnte. Ebenso kann der Jagdpächter, auch wenn er Inhaber der ausschließlichen Jagdbefugnis ist, das Jagdrecht des Verpächters verletzen. Denn dieses Recht des Grundeigentümers besteht auch nach der Verpachtung des Grundstücks weiter, da das Jagdrecht gemäß § 3 Abs. 1 BJagdG dem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zusteht und mit diesem untrennbar verbunden ist. Der Jagdeigentümer verliert zwar durch die Verpachtung zeitweilig die Jagdbefugnis, aber nicht das Jagdrecht⁷⁹⁾. Dieses Jagdrecht kann auch während des Bestehens des Pachtvertrages durch den Jagdpächter und jeden außenstehenden Dritten verletzt werden. So greift der Jagdpächter, der den ihm genehmigten Abschluß überschreitet, in das Jagdrecht des Verpächters ein, dem gegenüber er zu gesetzmäßiger Jagdausübung (§ 21 BJagdG) verpflichtet ist⁸⁰⁾. Aber auch ein Wilderer kann das Jagdrecht des Verpächters verletzen. So ist der Verpächter unmittelbar verletzt, wenn der Wilderer Wild erlegt, das auch der Jagdpächter nicht erlegen darf, weil es dauernde Schonzeit genießt oder der Abschluß des Jagdpächters im letzten Pachtjahr erfüllt ist. In diesem Fall ist das Aneignungsrecht des Jagdpächters nicht verletzt. Dagegen liegt aber ein Eingriff in das Recht auf Aneignung des Wildes durch den Verpächter vor. Unter Umständen ist sogar sein Recht am Jagdbetrieb⁸¹⁾ verletzt, da der Wildbestand, der auf seinem Jagdbezirk von der Jagd verschont werden sollte, und die Nutzung der Jagd durch Neuverpachtung beeinträchtigt sind⁸²⁾. Erlegt der Wilderer aber Wild, das der Jagdpächter im ordnungsmäßigen Jagdbetrieb unter Einhaltung lediglich der allgemeinen zeitlichen, örtlichen und sachlichen Beschränkungen der Jagdgesetze erlegen darf, so ist der Jagdpächter der unmittelbar Verletzte. Es ist in das ihm vertraglich übertragene ausschließliche Aneignungsrecht (Jagdbefugnis) eingegriffen worden. Dies gilt auch, wenn der Jahresabschuß vom Jagdpächter zwar bereits erfüllt ist, aber noch weitere Pachtjahre für ihn folgen⁸³⁾. Im Verhältnis zwischen Pächter und Verpächter wird die Verletzung des Aneignungsrechts in der Regel auch eine Verletzung des zwischen beiden bestehenden Pachtvertrages sein. Der Berechtigte kann wahlweise einen oder beide Ansprüche geltend machen.

Ist der Jagdberechtigte nur Inhaber einer einfachen Jagdbefugnis, dann kann von den Personen, zu deren Gunsten der Vorbehalt besteht, sein Aneignungsrecht nicht verletzt werden. Es sind dann in diesem Jagdrevier alle diejenigen zur Jagd und zur Aneignung des Wildes berechtigt, denen die Jagdbefugnis eingeräumt ist⁸⁴⁾. Sehr häufig besteht ein solcher Vorbehalt zugunsten des Jagdeigentümers. Jedoch kann der Inhaber einer einfachen Jagdbefugnis das Aneignungsrecht des Eigenjagdberechtigten oder der Jagdgenossenschaft, von denen seine Jagdbefugnis herrührt, verletzen. Wenn ein Jagdgast infolge oberflächlicher Beobachtung anstatt des ihm freigegebenen Bockes eine Rehgeiß erlegt, handelt er fahrlässig. Ebenso verletzt der Jagdgast, der mehr Tiere schießt, als ihm freigegeben worden sind, widerrechtlich das Jagdausübungsrecht des Jagdherrn⁸⁴⁾. Ferner

⁷⁸⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, JherJ. 74, 179 (251)

⁷⁹⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, JherJ. 74, 179 (257)

⁸⁰⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 670

⁸¹⁾ Siehe unten S. 115 ff

⁸²⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 670

⁸³⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I), JherJ. 74, 179 (251)

⁸⁴⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 670

wird das Aneignungsrecht des Jagdherrn durch jede unbefugte Aneignung von erlegtem Wild seitens der Jagdgäste und des Jagdpersonals verletzt⁸⁵⁾.

Neben dem besonderen Verhältnis zwischen dem Aneignungsrecht des Eigengaldberechtigten, der Jagdenossenschaft, des Jagdpächters, des Jagdgastes oder eines sonstigen Jagdberechtigten bestehen enge Beziehungen zwischen dem Inhaber eines Jagdreviers und seinem Jagdnachbarn. Auch in diesem Verhältnis kann es leicht zu Verletzungen des Aneignungsrechts der Beteiligten kommen. Sobald der Jagdberechtigte die Grenzen seines Jagdreviers überschreitet und auf dem fremden Jagdgebiet Tiere erlegt, verletzt er das Aneignungsrecht seines Jagdnachbarn, unter Umständen auch dessen Recht am Jagdbetrieb⁸⁶⁾. Der Jagdpächter, der einen Rehbock jenseits der Grenze seines Jagdreviers erlegt, verletzt vorsätzlich das Jagdausübungsrecht seines Jagdnachbarn, wenn er sich über die Grenzen seines Reviers nicht im klaren ist und mit der Möglichkeit rechnet, daß das Tier im anderen Revier steht⁸⁷⁾. Wenn er dagegen annimmt, daß das Tier noch in seinem Revier steht, handelt er fahrlässig. Sehr leicht können bei einer Treibjagd die Grenzen überschritten und Hasen im Nachbarrevier erlegt werden. Auch in diesem Fall liegt eine Verletzung des Aneignungsrechts bzw. des Rechts am Jagdbetrieb vor⁸⁸⁾. Durch eine Unterlassung kann nur dann in das Aneignungsrecht des Jagdnachbarn eingegriffen werden, wenn die unterlassene Handlung durch eine Rechtspflicht geboten war. Insbesondere hat der Jagdausübungsberechtigte das Auftreten einer Wildseuche gemäß § 24 BJagdG unverzüglich der zuständigen Behörde anzuzeigen. Unterläßt der Jagdausübungsberechtigte beim Auftreten einer Wildseuche die Anzeige, so schädigt er seinen Jagdnachbarn, wenn die Seuche auf dessen Revier übergreift und dies bei ordnungsmäßiger Meldung und Bekämpfung hätte verhindert werden können⁸⁹⁾. Eine fahrlässige Verletzung fremden Jagdrechts liegt auch dann vor, wenn der Jagdberechtigte leichtsinnigerweise annahm, die Seuche werde sich nicht ausbreiten. Dagegen wird durch Einzäunung des Jagdreviers das Jagdrecht des Nachbarn nicht verletzt⁹⁰⁾. Der Revierinhaber kann, sofern er Eigentümer des Jagdgrundstücks ist, dieses gemäß § 903 BGB unbeschadet der Rechte Dritter einzäunen. Das Jagdrecht gibt keinen Anspruch darauf, daß der Nachbar es unterläßt, das Wild auf seinem Grundstück am Hinüberwechseln auf das Nachbargrundstück zu hindern⁹¹⁾. Daher liegt in der Errichtung von Zäunen auf der Jagdgrenze keine Einwirkung in das Jagdrecht des Nachbarn wegen des unterbrochenen Wildwechsels⁹²⁾. Die Rechtslage ist auch dann nicht anders, wenn der Zaun ausschließlich zum Zwecke der Unterbrechung des Wildwechsels als Wildgatter errichtet worden ist⁹³⁾. Denn das Jagdrecht kennt im Gegensatz zum Fischereirecht nicht das Verbot der Behinderung des freien Wildwechsels, sofern nicht §§ 226, 826 BGB Platz greifen.

Eingriffe Dritter in das Jagdrecht können unter Umständen als Notstandshandlung nach § 228 BGB rechtmäßig sein. Voraussetzung dazu ist, daß von einem jagdbaren Tier eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Eigentum eines Menschen

⁸⁵⁾ Klotz, Das Reichsjagdgesetz, 1936 Anm. 1 B zu § 1 RJG = S. 5

⁸⁶⁾ Siehe unten S. 115 ff

⁸⁷⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 670

⁸⁸⁾ OLG Hamburg ZfJR 1907 (2), 37 — Wild und Hund 1906, 733; Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 S. 354

⁸⁹⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 670

⁹⁰⁾ OLG Naumburg DJ 1937, 1505 mit zustimmender Anm. von Mitzschke; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 bb) zu § 823 BGB

⁹¹⁾ OLG Naumburg DJ 1937, 1505 (1506)

⁹²⁾ Mitzschke, DJ 1937, 1506

⁹³⁾ Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 8 zu § 1 BJagdG

droht, welche die Tötung oder Verletzung des Wildes erfordert. Der entstehende Schaden darf nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen, das heißt gegenüber dem Wert des angreifenden Wildes nicht unbedeutend sein. Ein solcher Fall ist zum Beispiel dann gegeben, wenn ein Stück Wild einen Menschen annimmt⁹⁴⁾. Dann ist jede Abwehrhandlung ohne Rücksicht auf die Schonzeit zulässig; jedoch darf sich der Nichtjagdausübungsberechtigte das etwa getötete Wild nicht aneignen. Wenn er es tut, verletzt er rechtswidrig das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten. Der Abwehrende ist dem Jagdausübungsberechtigten gemäß § 228 S. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er die Gefahr verschuldet, also das Tier zum Angriff gereizt hat. Aber auch dieser verschuldete Notstand ist nicht widerrechtlich.

4. Der Jagdbetrieb als immaterielles Rechtsgut

Der einzelne Aneignungsakt, wie das Erlegen des jagdbaren Tieres, ist regelmäßig Teil eines auf viele derartige Aneignungsakte gerichteten planmäßigen Betriebes⁹⁵⁾. Dieser Jagdbetrieb entspricht dem gewerblichen Unternehmen, bei dem man ebenfalls die einzelnen Erwerbshandlungen des Kaufmanns unterscheiden kann. Ebenso wie das kaufmännische Erwerbsgeschäft ist auch der Jagdbetrieb ein immaterielles Rechtsgut, an dem ein absolutes Herrschaftsrecht des Jagdberechtigten besteht⁹⁶⁾. Dieses Recht am Jagdbetrieb ist von dem Jagdrecht des Grundstückseigentümers, dem Jagdausübungsrecht des Eigenjagdberechtigten bzw. der Jagdgenossenschaft und der Jagdbefugnis zu unterscheiden. Während die oben behandelten Rechte eine genau abgegrenzte Befugnis gewähren, nämlich das Recht, wildlebende jagdbare Tiere zu hegen, auf sie die Jagd auszuüben und sie sich als Jagdbeute anzueignen, stellt der Jagdbetrieb als solcher einen besonderen Vermögenswert dar. Der Vermögenswert der Jagdberechtigung tritt bei der Verpachtung in Erscheinung⁹⁶⁾. Auf Grund des Pachtvertrages wird dem Jagdpächter die Jagdbefugnis übertragen, deren Gegenstand der Wildbestand des betreffenden Grundstücks ist⁹⁷⁾. Der Jagdbetrieb als solcher darf mit dem Wildstand dagegen nicht verwechselt werden. Er stellt eine Zusammenfassung der einzelnen Befugnisse und Aneignungsakte, insbesondere auch der Jagdhege, dar. Demgegenüber ist das Aneignungsrecht ein den dinglichen Rechten verwandtes Recht auf eine herrenlose Sache, das erlischt und wieder auflebt, je nach dem wechselnden Aufenthalt des Wildes in dem betreffenden Revier⁹⁸⁾. Jeder natürliche Wildwechsel bewirkt die Aufhebung des Aneignungsrechts an der Grenze des Jagdgebietes⁹⁹⁾.

Das sich auf den Vermögenswert des Jagdbetriebes erstreckende Recht genießt in gleicher Weise Rechtsschutz wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹⁰⁰⁾. Infolgedessen ist das Recht am Jagdbetrieb auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Gegenstand dieses Rechts ist das Jagdrecht als solches, das die Befugnis zur Aneignung der herrenlosen Tiere gewährt, und außerdem die Möglichkeit zur ungehinderten Ausübung der Jagd.

⁹⁴⁾ Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 bb) zu § 823 BGB

⁹⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 1 = S. 294; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 b zu § 958 BGB

⁹⁶⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch. 55, 737 (743)

⁹⁷⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (209)

⁹⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 1 = S. 294; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 b zu § 958 BGB

⁹⁹⁾ Ebner, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GoldtdArch 54, 252 (266)

¹⁰⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 1 = S. 294; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 b zu § 958 BGB

Hierher gehören also alle die Fälle, bei denen in den Betrieb der Jagd eingegriffen wird, ohne daß das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt wird, das als sonstiges Recht ebenfalls selbständig den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Für die Verletzung des Jagdbetriebes gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für die Verletzung des Aneignungsrechts als des Hauptrechts, auf das sich das Recht am Jagdbetrieb erstreckt. Ob ein rechtswidriger Eingriff in den Jagdbetrieb vorliegt, hängt also davon ab, ob der Inhaber des Jagdbetriebes Eigenjagdberechtigter ist oder die ausschließliche Jagdbefugnis innehat. In diesem Fall kann sein Recht am Jagdbetrieb ebenso wie sein Aneignungsrecht durch jeden außenstehenden Dritten verletzt werden. Besteht dagegen nur eine einfache Jagdbefugnis, so können diejenigen Personen, zu deren Gunsten der Vorbehalt besteht, das Recht des Jagdausübungsberechtigten am Jagdbetrieb in der Regel nicht verletzen. Nur unter ganz besonderen Umständen, wie etwa bei Schikanehandlungen, wird ein widerrechtlicher Eingriff in den Jagdbetrieb des Inhabers der einfachen Jagdbefugnis vorliegen, da diejenigen, zu deren Gunsten der Vorbehalt besteht, sich durch einen solchen Eingriff zugleich selbst schädigen.

Das Recht am Jagdbetrieb wird nur in den genau abzugrenzenden Fällen verletzt. Diese beiden Verletzungstatbestände sind einmal die Behinderung des Inhabers des Jagdbetriebes an der weidgerechten Jagdausübung und zum anderen das Verschüden des Wildbestandes oder dessen Verminderung, ohne daß ein unmittelbarer Eingriff auf einzelne Tiere selbst vorliegt. Das Recht zur Jagdausübung, das in § 1 Abs. 1 u. 4 BJagdG definiert und abgegrenzt ist, stellt einen Teil des Rechts am Jagdbetrieb dar. Durch jede Behinderung des Jagdberechtigten am Aufsuchen, Nachstellen, Erlegen und Fangen jagdbarer Tiere (§ 1 Abs. 4 BJagdG) wird also das Jagdausübungsrecht und damit das Recht am Jagdbetrieb verletzt. In diesen Rahmen fällt ferner das Recht und die Pflicht des Jägers, das Wild zu hegen und den Wildbestand zu erhalten (§ 1 Abs. 2 BJagdG), sowie die dem Jagdausübungsberechtigten obliegende Befugnis, den Jagdschutz (§ 23 BJagdG) in seinem Revier auszuüben¹⁰¹⁾. Der Jagdschutz umfaßt nach näherer Bestimmung durch die Länder den Schutz des Wildes vor Wilderern, Raubwild, Futternot, Wildseuchen und Raubzeug, vor wildernden Hunden und Katzen sowie die Sorge für die Einhaltung der zum Schutze des Wildes und der Jagd erlassenen Vorschriften. Jede Beeinträchtigung beim Durchführen dieser Maßnahmen stellt eine Verletzung des Rechts am Jagdbetrieb dar. Die Ausübung der Jagd und die Hege des Wildes setzen ferner voraus, daß der Berechtigte das Grundstück betreten, unter Umständen darauf auch besondere Anlagen (Futterplätze, Ansitze, Jagdhütten) errichten oder jagdhindernde Einrichtungen beseitigen kann¹⁰²⁾. Auf land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken darf der Revierinhaber besondere, das Eigentum wesentlich beeinträchtigende Anlagen nur mit Einwilligung des Grundeigentümers, Nutznießers und Pächters errichten; die Einwilligung kann durch die Jagdbehörde ersetzt werden, wenn die Duldung der Anlage zumutbar ist (Art. 23 BayJG). Das Recht zur Vornahme solcher notwendigen Handlungen ist nicht ein selbständiges dingliches Recht am Grundstück, sondern ein zur Jagdausübung erforderlicher Teil des Rechts am Jagdbetrieb¹⁰²⁾. Hinsichtlich dieser Rechte einschließlich der Befugnis, das Grundstück zu Jagdzwecken zu betreten, genießt der Jagdberechtigte den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB, da ein Eingriff in diese Rechte eine Verletzung des Rechts am Jagdbetrieb darstellt. Somit hat der Jagdberechtigte in diesen Fällen einen Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung, was für ihn deshalb wichtig ist, weil der Jagdberechtigte nicht den Besitz am Grundstück hat.

¹⁰¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 2 = S. 300 — vgl. Art. 28 ff. BayJG

¹⁰²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 80 VI 3 = S. 300

Allerdings wird verschiedentlich ein Sachbesitz des Jagdpächters bejaht¹⁰³⁾. Dabei wird davon ausgegangen, daß die Tätigkeit des Jagdpächters nicht allein in der Verfolgung des Wildes besteht, sondern auch in einer äußerlich erkennbaren Einwirkung auf das Jagdgrundstück, über das der Jagdpächter die tatsächliche Gewalt erlangen soll. Diese Auffassung hält jedoch näherer Prüfung nicht stand, da ein genügend festes Verhältnis der tatsächlichen Gewalt des Jagdpächters über das Grundstück fehlt, wie es § 854 BGB verlangt. Die Einwirkungen des Jagdpächters auf das Grundstück sind nur Maßnahmen, die dem Hauptzweck der Jagdausübung untergeordnet sind, also auf die Erlangung des Wildes und nicht auf die Beherrschung des Grundstücks gerichtet sind¹⁰⁴⁾, das der Jagdpächter lediglich betreten darf. Besitzer bleibt aber immer der Verpächter. Darum verneint die heute herrschende Meinung¹⁰⁵⁾ den Besitz des Jagdpächters am Jagdgrundstück. Der Jagdpächter pachtet keine Sache, sondern ein Recht. Einen Rechtsbesitz kennt das BGB aber nur in ganz engen Grenzen, so daß dem Jagdpächter in rechtsähnlicher Anwendung des § 862 BGB kein Besitzschutz gegen Störungen gewährt werden kann¹⁰⁶⁾. Geschützt wird der Jagdpächter aber gegenüber Störungen des Grundeigentümers und dritter Personen durch das ihm zustehende Recht am Jagdbetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Der Eigentümer des Grundstücks hat bestimmte Einwirkungen als Ausfluß des Jagdbetriebes zu dulden.

Daneben steht dem Jagdberechtigten unter den Voraussetzungen des Art. 22 BayJG ein Notwegrecht zu. Wer die Jagd ausübt, aber zum Jagdrevier nicht auf einem öffentlichen Weg gelangen kann, ist zum Betreten fremder Jagdreviere in Jagdausrüstung auch auf einem nicht zum öffentlichen Gebrauch bestimmten Wege befugt. Ein Eingriff in dieses Notwegrecht stellt ebenfalls eine Verletzung des Rechts am Jagdbetrieb dar.

Ferner wird das Recht am Jagdbetrieb durch alle Störungen und Beeinträchtigungen verletzt, die den Wildbestand verschwechen oder verringern. Sobald ein unmittelbarer Eingriff in ein jagdbares Tier, welches Gegenstand des Aneignungsrechts des Jagdberechtigten ist, vorliegt, ist das Aneignungsrecht selbst verletzt und die Heranziehung des Rechts am Jagdbetrieb nicht erforderlich. Hierher gehören die Fälle, in denen das Wild durch Lärm, Geräusche, Beunruhigungen, Abgase und ähnliche Belästigungen so verschwecht wird, daß es auswandert¹⁰⁷⁾. Dabei ist insbesondere an Belästigungen durch Fabriken und andere gewerbliche Anlagen zu denken. Sofern diese Einrichtungen nach den Vorschriften der Gewerbeordnung behördlich genehmigt sind, kann der Jagdberechtigte nicht mehr deren Beseitigung verlangen, sondern hat lediglich einen Anspruch auf Schadloshaltung (§ 26 GewO). Diese Vorschrift geht als Sonderregelung dem § 823 Abs. 1 BGB vor. Bei Verschwechung des Wildbestandes durch gewerbliche Anlagen, die nicht gemäß §§ 16 ff. GewO genehmigungspflichtig sind, kann der Jagd-

¹⁰³⁾ Dickel, Forstzivilrecht, 1917 S. 1054, 1058/59; Bauer, Die Jagdordnung vom 15. 7. 1907, 5. Aufl. S. 82; v. Seeler, Die Rechtsstellung des Jagdpächters bei Veräußerung des Grundstücks, Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Otto Gierke, 1910 2. Bd. S. 343 (350); Pollwein, „Eigenjagdverpachtung“ und „Kauf bricht nicht Miete“, BayZ 1906, 243; Wirsching, Das Jagdrecht des Königreiches Bayern, 1902 S. 119 N. 77; Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch. 55, 737 (741); Heck, Sachenrecht, 1930 S. 465

¹⁰⁴⁾ Lange, Der Besitz des Jagdpächters, Gruch. 59, 311 (312)

¹⁰⁵⁾ Lange, Der Besitz des Jagdpächters, Gruch. 59, 311 (312); RG 70, 70 (74); RG 107, 291; OLG Stettin 13, 385; OLG Jena JW 1922, 233; Frommhold, Über das Jagdrecht, JherJ. 53, 188 (200); Raape, Aneignungsüberlassung, JherJ. 74, 179 (197); Wurzer, Die Übertragbarkeit des Jagdpachtrechts in Preußen, Gruch. 54, 354; Bloch, Kauf bricht Jagdpacht, BayZ 1906, 160; Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 126 II, 678; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § VI 3 = S. 300

¹⁰⁶⁾ OLG Jena JW 1922, 233

¹⁰⁷⁾ Wirsching, Das Jagdrecht des Königreiches Bayern, 1902 S. 245

berechtigte Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung seines Rechts am Jagdbetrieb geltend machen. Außerdem wird der Wert eines Jagdbezirks dadurch beeinträchtigt, daß in ihm häufig Wilddiebereien sowie wildernde Hunde und Katzen vorkommen¹⁰⁸⁾. Auch wenn diese Störungen keinen unmittelbaren Eingriff auf jagdbare Tiere enthalten, weil die Wilddiebe kein Wild erlegen und die Hunde oder Katzen keine Tiere reißen können, ist der Jagdberechtigte somit verletzt, zwar nicht in seinem Aneignungsrecht, so aber doch in seinem Recht am Jagdbetrieb. Die Wertminderung des Jagdbetriebes wird insbesondere dadurch zum Ausdruck kommen, daß der bei der Verpachtung erzielte Pachtzins geringer ist, als er es ohne die Beeinträchtigung gewesen wäre. Schließlich kann das Wild auch dadurch verschucht werden, daß das Jagdrevier so sehr mitgenommen wird, etwa durch einen Waldbrand oder ähnliches, daß es die nötige Äsung nicht mehr findet und deshalb das Revier nicht mehr aufsucht¹⁰⁹⁾. Mit dem Verlust jeden Stück Wildes, das sich in einem Revier aufzuhalten pflegt, werden ferner die jagdlichen Aussichten vermindert¹¹⁰⁾. Dieses Problem spielt eine besondere Rolle bei der Berechnung des Schadens nach der Verletzung des Jagdrechts. Der Jagdbetrieb kann infolge der Verschuchung oder Verringerung des Wildbestandes wegen der zu seiner Erholung gebotenen Schonung unter Umständen auf lange hinaus eingeschränkt werden müssen¹¹¹⁾.

Eine besondere Schädigung des Jagdberechtigten bilden die sogenannten Manöverschäden¹¹¹⁾. Durch Truppenübungen kann der Jagdberechtigte Schäden von längerer Nachwirkung erleiden. Während der Dauer der Truppenübung ist der Jagdberechtigte in seinem Jagdbezirk nicht in der Lage, von dem Recht der Jagdausübung Gebrauch zu machen. Gleichzeitig entsteht ihm ein weiterer Ausfall durch Verminderung des Wildbestandes; Federwild und Hasen werden häufig von den Pferden der Kavallerie zertreten oder von Fahrzeugen überfahren und getötet. Anderes Wild, wie Reh- und Rotwild, wird durch intensive Schießübungen verschucht. Der Schaden des Jagdberechtigten durch Truppenübungen setzt sich demnach zusammen aus direktem Verlust an Wild durch Tötung von Stücken (Verletzung des Aneignungsrechts) und mittelbarem Entgang infolge zeitweiser Einstellung und Störung des Jagdbetriebes einschließlich des Aufwandes für die erforderliche weidmännische Nachhege durch Einsetzen von Wild (Verletzung des Rechts am Jagdbetrieb). Die Frage, ob der Jagdberechtigte für diese Nachteile eine Entschädigung von dem Militärfiskus beanspruchen kann, war nach dem früheren Recht umstritten. Sie wurde u. a. bejaht von Wirschinger¹¹¹⁾ und Ebner¹¹²⁾. Da sowohl das Aneignungsrecht als auch das Recht am Jagdbetrieb sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind, kann es heute nicht mehr zweifelhaft sein, daß dem Jagdberechtigten nach dem Bundesleistungsgesetz¹¹³⁾ bei Verletzung seiner Rechte durch Manöver oder andere Übungen uniformierter Verbände oder Truppeneinheiten Schadensersatz zu leisten ist. § 76 Abs. 2 BLG, wonach im Falle der Beschädigung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks durch die Benutzung zu Manövern oder anderen Übungen auch für eine infolge der Beschädigung eingetretene Ertragsminderung angemessener Ersatz zu leisten ist, muß weit ausgelegt werden. Das Jagdrecht ist ein dem Grundstück gleichgestellter Vermögenswert.

¹⁰⁸⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 737 (743)

¹⁰⁹⁾ Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern, 1902, S. 245

¹¹⁰⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 666

¹¹¹⁾ Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern, 1902 S. 245 ff.

¹¹²⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch 55, 737 (743)

¹¹³⁾ Bundesleistungsgesetz v. 19. 10. 1956 (BGBl. I S. 815)

5. Die Berechnung des Schadens bei Verletzung des Jagdrechts

Die Verletzung des Aneignungsrechts oder des dem Jagdberechtigten zustehenden Rechts am Jagdbetrieb gewährt diesem einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB. Dieser Anspruch des Jagdberechtigten geht alternativ auf Naturalrestitution (§ 249 BGB) oder, wenn die Voraussetzungen der §§ 250, 251 BGB vorliegen, auf Geldentschädigung¹¹⁴⁾.

Eine Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB), ist nur möglich, sofern das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt ist, aber nicht bei der Verletzung des Rechts am Jagdbetrieb. Aber auch bei der Verletzung des Aneignungsrechts ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur dann möglich, wenn der Jagdfrevler das erbeutete Wild noch lebend in Besitz hat und das Wild noch unversehrt ist. In diesem Fall kann der Jagdberechtigte die Zurückschaffung des lebend gefangenen Stück Wildes in sein Jagdrevier gemäß § 249 BGB verlangen¹¹⁵⁾. Bei Geweihen und anderen Gegenständen, die dem Jagdrecht unterliegen, kann der in seinem Aneignungsrecht verletzte Jagdberechtigte die Herausgabe verlangen¹¹⁶⁾. Ferner ist bei der Besitzergreifung von Fallwild oder eines kranken Tieres durch den Wilderer eine Naturalrestitution möglich¹¹⁷⁾. Der Besitzergreifung von Fallwild steht es gleich, wenn der Wilderer das von einem dritten Nichtjagdberechtigten erlegte oder in Schlingen lebend gefangene Wild sich zueignet. Auch in diesem Fall ist die Naturalrestitution in der Weise möglich, daß das unversehrte Wild an der Fangstelle freigelassen wird¹¹⁸⁾. Das von dem Dritten erlegte Tier ist an den Jagdberechtigten herauszugeben, da es dem Aneignungsrecht des Jagdberechtigten unterlag und er vor dem widerrechtlichen Eingriff des Wilderers die Möglichkeit hatte, es sich anzueignen. In allen diesen Fällen ist eine Naturalrestitution möglich, das heißt die Wiederherstellung des Zustandes der Möglichkeit der Okkupation, wie sie vor dem widerrechtlichen Eingriff des Wilderers bestand¹¹⁹⁾.

Zweifelhaft ist dagegen die Frage, ob der Jagdberechtigte die Herausgabe der Jagdbeute, also des erlegten Tieres, verlangen kann. Nach der Auffassung von Schmidt ist in diesem Fall eine Naturalrestitution überhaupt unmöglich¹¹⁹⁾, weder solange sich das Wildergut noch im Jagdrevier des Jagdberechtigten befindet und erst recht nicht, sobald der Wilderer die Jagdbeute über die Grenzen des

¹¹⁴⁾ Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (363)

¹¹⁵⁾ Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 Anm. A 1 zu Art. 1 BayerJG = S. 33; Pollwein, Bayer. Gesetz v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 = S. 20/21; RGSt 39, 427 (430); Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39; Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (364)

¹¹⁶⁾ Pollwein, Bayer. Gesetz v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 = S. 21; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 9 zu § 958 BGB

¹¹⁷⁾ Pollwein, Bayer. Gesetz v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 = S. 20/21; Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (364)

¹¹⁸⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch. 55, 737 (743); Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (364)

¹¹⁹⁾ Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (364)

Jagdgebiets hinaus verbracht habe. In diesem Stadium könne die Rückschaffung der Jagdbeute des Wildererers in das Revier zur Herstellung der Aneignungsmöglichkeit nicht gefordert werden. Wiederherzustellen wäre vielmehr der Zustand vor dem Jagdvergehen, also der Zustand der Aneignungsmöglichkeit an dem frei im Revier herumstreichenden Wilde. Die Wiederherstellung dieses Zustands sei jedoch physisch nicht möglich. Das Begehren des Jagdberechtigten auf Herausgabe der Jagdbeute an ihn bedeute gegenüber den begrenzten Ansprüchen auf Naturalrestitution ein Mehr, das keine Begründung im Gesetz finde. Eine Berufung auf § 226 BGB sei rechtsirrig, weil unter den Begriff des Schadens in dieser Bestimmung nicht der Entgang eines Gewinns falle, auf den der Jagdberechtigte keinen Anspruch habe und der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne den Vorgang des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes überhaupt nicht hätte eintreten können. Außerdem unterliege die in ein fremdes Jagdrevier gebrachte Jagdbeute dem Aneignungsrecht des dort jagdberechtigten Revierinhabers, so daß eine Herausgabe durch den Wilderer dessen Aneignungsrecht an lebendem und totem jagdbaren herrenlosen Wild verletzen würde¹²⁰⁾. Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen. Denn das Aneignungsrecht des in dem Erlegungs-Jagdbezirk Jagdberechtigten erlischt nicht dadurch, daß das Wildergut in ein fremdes Jagdrevier gebracht wird, da die Verletzung des Aneignungsrechts solange fort dauert, wie das Wild von dem Jagdrevier ferngehalten wird¹²¹⁾. Es ist auch nicht richtig, daß der Jagdberechtigte mit der Herausgabe des erlegten Tieres mehr erhalten würde als die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne von § 249 S. 1 BGB. Denn der Wilderer hat ein lebendiges Tier erlegt, das zweifellos wertvoller ist als das tote, das er zurückzugeben hätte. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die bloße Aneignungsmöglichkeit ein sehr zweifelhafter Vermögensbestandteil des Jagdberechtigten sei¹²²⁾. Josef führt aus, es bleibe die Möglichkeit, daß der Berechtigte trotz dem Eingriff des Wildererers ebensoviel Wild erlegt hätte, wie es ohne diesen Eingriff der Fall gewesen wäre, daß er also dadurch keinen Schaden erlitten hätte. Die gewilderten Tiere wären dann in ihrer natürlichen Freiheit geblieben. In gleicher Weise meint Schmidt¹²³⁾, es widerspreche den Grundsätzen der Billigkeit, wenn dem Jagdberechtigten, für den das in seinem Jagdgebiet wechselnde Wild vorher ein ganz unsicheres Vermögensobjekt war, es nunmehr auf Grund des Jagdvergehens frei Haus geliefert werde. Aus diesen Gründen sei in einem solchen Fall kein Schaden des Jagdberechtigten gegeben, womit der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB entfalle¹²³⁾.

Dabei wird jedoch verkannt, daß das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten auch an dem von einem Wilderer erlegten Tier besteht. Der Revierinhaber hat daran in gleicher Weise ein Aneignungsrecht wie an Fallwild und anderen dem Jagdrecht unterliegenden Gegenständen. Er ist also berechtigt, sich das Wildergut, das er in seinem Revier findet, anzueignen, sofern die Jagdbeute nicht in einem anderen Jagdbezirk erlegt worden ist. An dieser Rechtslage kann sich auch dadurch nichts ändern, daß der Wilderer die Jagdbeute in Besitz genommen hat. Der Wilderer kann sich nicht darauf berufen, daß der Jagdberechtigte die Herausgabe des Wildes deshalb nicht verlangen kann, weil er dann durch das Jagdvergehen besser gestellt wäre als vorher. Vor der Wilderei hätte er nur eine sehr

¹²⁰⁾ Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (365)

¹²¹⁾ Siehe oben S. 111

¹²²⁾ Josef, Schadensersatzpflicht des Wildererers, Recht 1922, 92

¹²³⁾ Schmidt, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer, SeuffBl. 69, 357 (365/366)

unsichere Aneignungsmöglichkeit gehabt, und nunmehr erhalte er das erlegte Wild, das er selbst vielleicht gar nicht getroffen hätte. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Wilderer das Wild durch die unberechtigte Erlegung und die damit verbundene Verletzung des Aneignungsrechts erst zu einem sicheren Vermögensbestandteil gemacht hat. Ein etwaiger Vorteil kann nicht dem Jagdfrevler, sondern nur dem Jagdberechtigten zugute kommen, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß der Jagdberechtigte häufig seinen Herausgabeanspruch nicht praktisch durchsetzen kann. Solange der Wilderer die erlegte Jagdbeute noch in Besitz hat, wird dem Jagdberechtigten von der herrschenden Meinung¹²⁴⁾ mit Recht ein Herausgabeanspruch zugebilligt.

Schwierig ist die Frage, ob der Jagdberechtigte außer der Herausgabe des erlegten Wildes einen weiteren Schadensersatz verlangen kann. Dieses Problem ist genauso zu behandeln, wie wenn die Herausgabe des Wildes nicht möglich wäre, weil es nicht mehr vorhanden ist. Auf jeden Fall ist jedoch bei der Geltendmachung eines weiteren Schadensersatzanspruches nach Herausgabe des Wildes der Wildbretwert abzurechnen.

Bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches, der nicht auf Herausgabe der etwa noch vorhandenen erlegten Tiere oder Teile von ihnen gerichtet ist, ist davon auszugehen, welcher Vermögensschaden dem Jagdberechtigten durch die Wilderei entstanden ist, weil nur der Ersatz dieses Schadens verlangt werden kann¹²⁵⁾. Der Schaden besteht darin, daß der Jagdberechtigte das Aneignungsrecht an dem erlegten Wild verloren hat. Dieses Aneignungsrecht stellt einen Vermögenswert dar¹²⁵⁾. Nicht zutreffend ist dagegen die Ansicht, daß der Wert der Möglichkeit der Erlegung sich in Geld kaum schätzen lasse und deshalb dem Jagdberechtigten kein Schaden entstanden sei¹²⁶⁾. Wenn der Vermögensverlust des Jagdberechtigten auch nicht im Verlust des Wildes besteht, so hat er doch mit dem Verlust des Aneignungsrechts die Möglichkeit der Erlegung verloren. Streitig ist, wie der durch den Verlust des Aneignungsrechts entstandene Schaden zu bemessen ist. Wegen der Schwierigkeit, einen geeigneten Maßstab zur Ermittlung des entstandenen Schadens zu finden, wird teils ein Anspruch des Jagdberechtigten nach § 823 Abs. 1 BGB überhaupt abgelehnt¹²⁷⁾, teils auf den Weg über die Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen¹²⁸⁾. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 687 Abs. 2 in Verbindung mit 681 S. 2, 666, 667 BGB ist aber nicht auf Schadensersatz gerichtet. Nach diesen Vorschriften ist der Wilderer lediglich wie ein Beauftragter verpflichtet, dem Jagdberechtigten Rechenschaft abzulegen und das erlangte Wild herauszugeben. Diese Schwierigkeiten bei der Bemessung des Schadens sind aber kein Grund, dem Jagdberechtigten einen Schadensersatzanspruch überhaupt abzusprechen¹²⁹⁾.

¹²⁴⁾ Planck, 3. Aufl. 1905 Anm. 4 zu Art. 69 EGBGB; Wirschinger, Das Jagdrecht des Königreichs Bayern, 1902 S. 243; Biemann, 3. Aufl. 1914 Sachenrecht Anm. 2 d zu § 958 BGB; Ebner, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GoldtArch 54, 252; Pollwein, Bayer. Gesetz. v. 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914 Anm. II 2 d zu Art. 1 = S. 21; Klotz, Das Reichsjagdgesetz, 1936 Anm. 1 B zu § 1 RJG = S. 5; Wiefels, Sachenrecht, 1953 S. 46; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB; Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJG; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 II f = S. 163

¹²⁵⁾ BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹²⁶⁾ So: Josef, Schadensersatzpflicht des Wilderers, Recht 1922, 92; Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414

¹²⁷⁾ Radloff, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1931, 3414

¹²⁸⁾ Dernburg, Sachenrecht, 4. Aufl. 1908 § 111 N. 7; Josef, Schadensersatzpflicht des Wilderers, Recht 1922, 92

¹²⁹⁾ v. Pestalozza, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1932, 1036

Grundsätzlich ist der Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB auf die Herstellung des Zustandes gerichtet, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Es ist eine dem früheren Zustand wirtschaftlich gleichartige Lage für den Geschädigten herzustellen, wobei die Entwicklung der Dinge zu berücksichtigen ist; die ohne das schädigende Ereignis wahrscheinlich stattgefunden hätte¹³⁰⁾. Danach ist der Geschädigte wirtschaftlich in die Lage zu bringen, in der er sich befinden würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Kommt der Schuldner der Verpflichtung zur Herstellung des früheren Zustandes nicht nach oder verweigert er die Herstellung oder eine Schadensersatzleistung überhaupt, so kann der Gläubiger gemäß § 250 BGB Ersatz in Geld verlangen. Der Ersatzpflichtige hat gemäß § 251 BGB auch dann eine Geldentschädigung zu leisten, wenn die Herstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist. Danach ist der in seinem Aneignungsrecht verletzte Jagdberechtigte wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne den Eingriff des Wilderers stehen würde. Art und Umfang des zu leistenden Schadensersatzanspruches sind im einzelnen streitig. Nach der einen Auffassung¹³¹⁾ ist der Schadensersatz durch Hingabe eines anderen gleichartigen lebenden Tieres derselben Wildart zu leisten. Demnach wären, wenn bei einer Treibjagd Hasen im Nachbarrevier erlegt werden, lebende Hasen in der gleichen Anzahl dort wieder einzusetzen¹³²⁾. Der frühere Zustand im Sinne von § 249 BGB wäre damit wieder hergestellt, ohne daß die Frage zu erwägen sei, ob die Hasen in dem Revier bleiben oder nicht. Eng damit verwandt ist die Auffassung¹³³⁾, daß der Wilderer Geldersatz in Höhe des durchschnittlichen Wertes des lebenden Stücks der Wildart unter Berücksichtigung des Wertes des entgangenen Zuwachses zu leisten habe. Diese Berechnung ist deshalb nicht richtig, weil sie nicht berücksichtigt, daß dem Jagdberechtigten kein Schaden an einer ihm gehörigen Sache zugefügt wird¹³⁴⁾. Der Jagdberechtigte ist nur in seinem ausschließlichen Aneignungsrecht geschädigt¹³⁵⁾. Nach richtiger Ansicht¹³⁶⁾ ist dagegen die Herstellung des früheren Zustandes unmöglich, so daß nur eine Geldentschädigung in Frage kommt. Durch Aussetzen einer entsprechenden Anzahl lebender Tiere kann der Zustand nicht wieder hergestellt werden, wie er ohne die Wilderei bestanden haben würde¹³⁷⁾. Die Herstellung des gleichen Zustandes durch Lieferung eines anderen Stückes derselben Wildart ist auch dann nicht möglich, wenn es nach Geschlecht, Rasse, Herkunft, Alter, Stärke und Ernährungszustand dem getöteten Stück weitgehend entspricht¹³⁸⁾. Sofern aber derjenige, der das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt hat, eine entsprechende Zahl gleichartiger Tiere in das Jagdrevier des Verletzten wieder eingesetzt hat, kann dieser keinen weiteren Schaden geltend machen, da er nicht mehr geschädigt ist¹³⁹⁾.

¹³⁰⁾ RG 143, 267 (274/275); BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹³¹⁾ OLG Hamburg ZfJR 1907 (2), 37 = Wild und Hund 1906, 733 = HambGZ 1906 Beibl. 191/192; AG Friedland u. AG Neisse Dt. Jäger 1927 Nr. 22; Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch. 55, 737 (743)

¹³²⁾ OLG Hamburg ZfJR 1907 (2), 37

¹³³⁾ OLG Karlsruhe Dt. Jäger 1930 Nr. 11

¹³⁴⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 666

¹³⁵⁾ OLG Rostock Dt. Jäger 1928 Nr. 2 = MecklZ 1929, 11

¹³⁶⁾ v. Pestalozza, Eigentumserwerb an der Jagdbeute des Wilderers, JW 1932, 1036; Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 666; AG Traunstein Mitt d. Bayer. Jägervereins 1931 Nr. 10; LG München II Mitt. d. Bayer. Jägervereins 1930 Nr. 12; BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹³⁷⁾ BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹³⁸⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 666

¹³⁹⁾ OLG Hamburg ZfJR 1907 (2), 37 = Wild und Hund 1906, 733 = HambGZ 1906 Beibl. 1901/1902

In allen Fällen, in denen die Herausgabe der Jagdbeute nicht verlangt wird oder unmöglich ist, kann der Zahlungsanspruch gegen den Wilderer nicht auf § 250 BGB gestützt werden. Die Schadensersatzpflicht richtet sich vielmehr nach der Vorschrift des § 251 BGB¹⁴⁰⁾. Die hiernach von dem Ersatzpflichtigen zu leistende Geldentschädigung tritt an die Stelle der unmöglichen Herstellung des früheren Zustandes. Dabei ist die Frage, wie die Schadensersatzleistung eines Wilderers zu bemessen ist, nur nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen. Allgemein ist zu berücksichtigen, daß dem Jagdberechtigten nicht ein Schaden an einer ihm gehörigen Sache zugefügt ist, da das in freier Wildbahn befindliche Wild gemäß § 960 Abs. 1 S. 1 BGB herrenlos ist, sondern er vielmehr hinsichtlich seines Aneignungsrechts geschädigt ist. Weil das gewilderte Tier nicht im Eigentum des Jagdberechtigten stand, kann eine Verpflichtung des Wilderers zur Wiedergutmachung durch Einsetzen eines Tieres gleicher Beschaffenheit bzw. nach § 251 BGB durch Bezahlung des für die Anschaffung und Einsetzung eines Ersatztieres erforderlichen Geldbetrages nicht in Frage kommen¹⁴¹⁾. Hinzu kommt, daß es auch nicht üblich ist, daß der Jäger für ein gewildertes Stück Wild ein anderes einsetzt¹⁴²⁾. Die Lösung des Problems hängt davon ab, ob der Zuchtwert des erlegten Wildes eine Rolle spielt oder nicht. Wenn die Erhaltung des Wildbestandes, die dem Jagdausübungsberechtigten infolge der Verpflichtung zur Hege des Wildes obliegt (§ 1 Abs. 2 BJagdG), durch den Eingriff des Wilderers bedroht ist und ein Aussetzen gleichartiger Tiere erfordert, wird für die Schadensberechnung der Anschaffungspreis für lebende Tiere in Betracht kommen¹⁴³⁾. Dies wird sehr häufig bei einem Eingriff in das Recht am Jagdbetrieb der Fall sein. Der Vermögenswert dieses Rechtsgutes tritt hauptsächlich bei der Verpachtung in Erscheinung¹⁴⁴⁾, da die Höhe des Pachtzinses von Art und Umfang des Wildbestandes abhängt. Je mehr und je wertvolleres Wild in einem Jagdbezirk vorhanden ist, desto höher wird der erzielte Pachtzins sein. Dabei spielt das Vorhandensein von Wild mit ständiger Schonzeit insofern eine Rolle, als der ideelle Wert des Jagdbezirkes durch das Vorkommen solchen Wildes, das regelmäßig als Naturdenkmal oder als künftiger begehrter Jagdbestand gehegt wird, gesteigert wird und mit diesem auch der Pachterlös¹⁴⁵⁾. Insbesondere wird eine Geldentschädigung in Höhe des Anschaffungspreises für lebende Tiere (§ 251 BGB) dann in Betracht kommen, wenn es sich bei dem erlegten Wild um ausgesetzte Zuchtstücke oder um solche Wildarten handelt, deren Bestand bedroht ist. Dies gilt besonders bei Auer-, Birk- und Haselwild sowie für das Schnee- und Steinhuhn¹⁴⁶⁾. Hinsichtlich des Wisent-, Elch-, Rot-, Dam-, Reh-, Gams- und Muffelwildes wird es bei der planmäßigen Hege und der Möglichkeit ziemlich sicherer Bestandsfeststellungen darauf ankommen, ob es sich um wertvolle Zuchtstücke oder um minderwertige Abschußstücke handelt¹⁴⁶⁾. Für Zuchtstücke ist der Anschaffungspreis lebender Tiere zu ersetzen. Entscheidend ist insofern also der Wert des lebenden Tieres für die Nachzucht, bei beschlagenen Geißen somit mindestens auch der Wert der aus den vorhandenen Embryonen im Falle der Erhaltung des Muttertieres entstandenen Tiere¹⁴⁷⁾.

¹⁴⁰⁾ Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG; BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹⁴¹⁾ AG Traunstein Mitt. des Bayer. Jägervereins 1931 Nr. 10; LG München II Mitt. des Bayer. Jägervereins 1912 Nr. 12; Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 666

¹⁴²⁾ AG Traunstein Mitt. des Bayer. Jägervereins 1931 Nr. 10

¹⁴³⁾ BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹⁴⁴⁾ Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, Gruch. 55, 737 (743)

¹⁴⁵⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 671

¹⁴⁶⁾ Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum BJagdG, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG

¹⁴⁷⁾ Behr, Das Bayer. Jagdgesetz, 1918 S. 353/354

Wenn es sich bei dem erlegten Wild nicht um Zuchttiere handelt, kann für die Schadensersatzleistung nur ein geringerer Betrag angesetzt werden. Nach dem BGH¹⁴⁸⁾ ist davon auszugehen, daß in einem solchen Fall für den Verlust des Aneignungsrechts nicht der Zuchtwert, sondern nur der Wildbretwert in Betracht kommt. So soll es in normal besetzten Jagdbezirken, besonders in Niederwildrevieren in der Regel der Fall sein¹⁴⁹⁾. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Betrag für die Schadensersatzleistung wird in einem solchen Fall nicht genau dem Wildbretwert entsprechen. Denn bei der Beurteilung des Schadens, der dem Jagdberechtigten durch den Weggang des Wildes erwachsen ist, sind noch eine Reihe anderer Umstände in Betracht zu ziehen, die je nach Lage des Einzelfalles verschieden sind. So kann es sein, daß das erlegte Wild, wenn es nicht von dem Wilderer geschossen worden wäre, von dem Jagdberechtigten jetzt noch nicht geschossen worden wäre¹⁵⁰⁾. Es hätte sich dann weiter entwickelt, und sein Wert wäre später hinsichtlich des Wildbrets, der Decke und des Geweihs höher geworden. Mit dem Verlust jeden Stück Wildes, das sich in einem Revier aufzuhalten pflegt, werden ferner die jagdlichen Aussichten vermindert¹⁵¹⁾. Außerdem ist es denkbar, daß ein zur Zeit der Erlegung wertloses Tier noch einen Zuchtwert bekommen hätte. Hinzu kommt, daß der Jagdberechtigte nach Heranwachsen des Wildes für die Erlaubnis zu seinem Abschuß durch einen Jagdgast eine Gebühr hätte erzielen können¹⁵²⁾. Auf der anderen Seite hängt die Frage, ob der dem Jagdberechtigten entstandene Schaden gleich dem Sachwert ist, davon ab, ob der Eigentumserwerb mit genügender Sicherheit zu erwarten war¹⁵³⁾. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß das Wild, wenn es nicht von dem Wilderer erlegt worden wäre, bis zu dem Zeitpunkt, zu dem es der Jagdberechtigte hätte abschießen wollen oder lassen, in fremdes Jagdgebiet hätte abziehen oder durch Krankheit, Lawinen usw. hätte zugrunde gehen können¹⁵⁴⁾. Schließlich ist zu beachten, daß in Regiejagden vielfach Wild von Personen geschossen werden darf, von denen keine Abschußgebühr gefordert wird. Der so entstandene Schaden kann selbstverständlich nicht durch eine Berechnung festgestellt werden¹⁵²⁾. Vielmehr entscheidet das Gericht über die Höhe des entstandenen Schadens gemäß § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Dabei kann die Geldentschädigung gleich dem Wildbretwert sein, sie muß es aber nicht. Auf jeden Fall hat sie niedriger zu sein als der Zuchtwert. Zu berücksichtigen ist, daß bei Schwarzwild und Wildkaninchen höchstens der Wildbretwert in Betracht kommen kann, da nach § 28 Abs. 2 BJagdG das Aussetzen von Schwarzwild und Wildkaninchen verboten ist¹⁵³⁾.

Auf diese Weise wird der Fragwürdigkeit der Erlegungsmöglichkeit, wie sie das bloße Aneignungsrecht naturgemäß mit sich bringt, und der Minderung der objektiven Erfolgsaussichten, die der Verlust von Wild stets in sich schließt, genügend Rechnung getragen. Auch die notwendige Unterscheidung zwischen der Verletzung des Aneignungsrechts und des Eigentums kommt damit hinreichend zur Geltung¹⁵⁴⁾.

Für den nichtvermögensrechtlichen Schaden, der dem Verletzten durch widerrechtliche Tötung von Wild aus dem Verlust von Jagd- und Naturgenuß erwächst,

¹⁴⁸⁾ BGH LM § 823 (F) Nr. 10 BGB = MDR 1958, 325 = Betrieb 1958, 366 = VersR 1958, 233

¹⁴⁹⁾ Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum BJagdG, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG

¹⁵⁰⁾ AG Traunstein Mitt. des Bayer. Jägervereins 1931 Nr. 10

¹⁵¹⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III 2 = S. 280; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 c Rn. 9 zu § 958 BGB

¹⁵²⁾ AG Traunstein Mitt. des Bayer. Jägervereins 1931 Nr. 10

¹⁵³⁾ Mitzschke-Schäfer, Kommentar zum BJagdG, 2. Aufl. 1957 Anm. 7 zu § 1 BJagdG

¹⁵⁴⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 667

kann eine Entschädigung in Geld nicht verlangt werden, da die im Gesetz aufgeführten Fälle (§§ 847, 1300 BGB) hier nicht zutreffen (§ 253 BGB)¹⁵⁴⁾.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der Jagdberechtigte bei der Beeinträchtigung seines Rechts am Jagdbetrieb, etwa durch Verscheuchen, Beunruhigen oder zeitweises Vergrämen des Wildes, auf Unterlassung klagen kann¹⁵⁵⁾.

¹⁵⁴⁾ Behr-Ott-Nöth, Die deutsche Reichsjagdgesetzgebung, 1935 S. 667

¹⁵⁵⁾ Pollwein, Bayer. Gesetz vom 30. 3. 1850, betr. die Ausübung der Jagd, 9. Aufl. 1914
Anm. II 3 b zu Art. 1 = S. 25

§ 13. Das Fischereirecht

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

Staudinger, Einiges über Aneignung von Tieren mittels Jagd, Fischerei und Vogelfang, SeuffBl 63, 285; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 1902 § 325 II 2 = S. 1019; Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907 2. Bd. 1908 Vorbem. II b 24 = S. 201; Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 9 bis 11 zu Art. 109 Wassergesetz; v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. 5 ff zu Art. 1 FischG; RG Recht 1911 Nr. 2879; RG JW 1915, 1428 = WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299; Löwinson, JW 1915, 1470; OLG Karlsruhe 38, 133; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39; RG LZ 1920, 159; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 Abs. 1) JherJ. 74, 179; Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 9 ff; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II f zu § 823 BGB; Oertmann, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2e zu § 823 BGB; Siber, Grundriß des Dt. Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 a 1 = S. 450; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 S. 305 N. 16; RG JW 1939, 419; Staudinger-Gramm, 10. Aufl. 1939 Anm. 2 D b Rn. 6 zu Art. 69 EGBGB; Wüsthoff, Handbuch des Dt. Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 4 zu § 823 BGB 6 A = S. 59; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB; Quirll, Rechtsprechung in Abwasser- und Fischereisachen, RdL 1955, 289; OLG Tübingen RdL 1955, 289; LG Rottweil RdL 1955, 290; LG Itzehoe RdL 1955, 292; LG Hildesheim RdL 1955, 292; Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, unveränderter Nachdruck der 3. u. 4. Aufl. 1955 1. Bd. Vorbem. zu § 24 preußWG; AG Walsrode RdL 1956, 41; LG Waldshut RdL 1956, 41; LG Hildesheim RdL 1956, 39; OLG Koblenz RdL 1956, 43; LG Bonn RdL 1956, 125; OLG Nürnberg RdL 1956, 126; AG Münster RdL 1956, 321; LG Hechingen RdL 1956, 323; LG Freiburg RdL 1956, 324; Gieseke, Schrifttum und Rechtsprechung des Wasserrechts 1945 bis 1955, Veröffentlichungen des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn, 1957 II Nr. 75 ff = S. 106/107; Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz 1957 Anm. 3 c Rn. 46 zu Art. 109 WG; OLG Stuttgart VersR 1957, 34; Achille's-Greifff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 g zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 18. Aufl. 1959 Anm. 6 e zu § 823 BGB; OLG Frankfurt NJW 1959, 2218 mit Anm. von Moog; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 zu § 823 BGB

Gegen Anerkennung des Fischereipachtrechts als sonstiges Recht:

OLG Köln RheinArch 110, 249; OLG München SeuffA 60, 436 Nr. 229

1. Die Hochsee- und Küstenfischerei

Die Hochseefischerei, das heißt die Fischerei im offenen, keiner staatlichen Gebietshoheit unterliegenden Meer, ist jedermann gestattet¹⁾. Infolgedessen hat niemand ein privates subjektives Recht auf Aneignung der Fische im offenen Meer. Wer die Seefische zuerst in Besitz nimmt, erlangt gemäß § 958 Abs. 1 BGB Eigentum an ihnen und verletzt dabei kein ausschließliches Aneignungsrecht eines Dritten. Die Hochseefischerei ist somit ebenso geregelt wie der freie Tierfang²⁾. Mitunter findet sich lediglich eine polizeiliche Regelung der Hochseefischerei³⁾.

¹⁾ v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 II = S. 302; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 I = S. 249

²⁾ v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218

³⁾ Staatsvertrag über die Fischerei in der Nordsee v. 6. 5. 1882

Die Küstenfischerei in herrenlosen Küstengewässern ist nach § 6 preußFischG jedem Deutschen gestattet⁴⁾. Dabei sind nach § 1 preußFischG unter Küstengewässern die Teile der Nord- und Ostsee zu verstehen, auf die sich die preußische, jetzt deutsche, Staatshoheit erstreckt, also bis zu 3 Seemeilen von der Küste, einschließlich der offenen Meeresbuchten⁵⁾. Wo das Küstengewässer im Eigentum steht, wie an der Oder- und Wesermündung, hat der Eigentümer, somit regelmäßig der Staat, das Fischereirecht⁶⁾. Ältere Fischereirechte sind gemäß § 8 preußFischG aufrechterhalten worden. Dagegen ist der freie Fischfang in Gewässern, wo er bisher bestand, geblieben, auch wenn diese Gewässer einen Eigentümer haben (§ 8 Abs. 1 preußFischG). Auch an den in Küstengewässern befindlichen herrenlosen Fischen bestehen keine Aneignungsrechte. Der zugunsten der Deutschen gemachte Vorbehalt hat nur öffentlich-rechtliche Bedeutung⁷⁾. Es handelt sich lediglich um eine Gemeingebrauchsbefugnis⁸⁾. Für das bürgerliche Recht und die Wirkungen, die dieses mit dem Fischfang verknüpft, ist der Vorbehalt zugunsten der Deutschen ohne Bedeutung⁹⁾. Ausländer, die in deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden Eigentümer der von ihnen gefangenen Fische, da sie kein Aneignungsrecht verletzen¹⁰⁾. Das Recht der Küstenfischerei hat also nicht die Wirkung eines ausschließlichen Aneignungsrechts, so daß die in den Küstengewässern lebenden herrenlosen Fische ebenso wie diejenigen im offenen Meer der freien Aneignung unterliegen¹¹⁾. Es wäre auch nicht denkbar, welchem Rechtssubjekt ein Aneignungsrecht an diesen Fischen zustehen sollte, da die Küstenfischerei jedem Deutschen gestattet ist (§ 6 preußFischG). Infolgedessen macht sich ein Ausländer durch unbefugte Küstenfischerei auch nicht wegen Verletzung eines sonstigen Rechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig. Dieses Ergebnis stimmt auch mit der Vorschrift des § 296 a StGB überein. Nach dieser Bestimmung machen sich Ausländer, die in deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, strafbar. Neben der Geld- und Gefängnisstrafe ist gemäß § 296 a Abs. 2 StGB auf Einziehung der Fanggeräte, die der Täter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat, sowie der in dem Fahrzeug enthaltenen Fische zu erkennen, ohne Unterschied, ob die Fanggeräte und Fische dem Verurteilten gehören oder nicht. Hier wird nicht der widerrechtliche Eingriff in fremdes Fischereirecht bestraft, sondern die Verletzung des völkerrechtlichen Hoheitsrechts Deutschlands, die Fische in seinen Küstengebieten nur den Deutschen vorzubehalten und so die eigene Wirtschaft zu schützen¹¹⁾. Ferner zeigt diese Bestimmung, daß der Ausländer an den von ihm gefangenen Fischen Eigentum erlangen kann. Dies wäre nach § 958 Abs. 2 BGB dann nicht möglich, wenn er durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzen würde. Der Staat kann nur dann das Eigentum an diesen Fischen erwerben, wenn im strafgerichtlichen Ver-

4) Preußisches Fischereigesetz v. 11. 5. 1916; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 III = S. 302; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 I = S. 249

5) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 III = S. 302

6) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 III = S. 302; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 I = S. 249

7) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218

8) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 III = S. 302

9) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218

10) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218

11) Schwarz, Strafgesetzbuch, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 296 a StGB

fahren gegen den Ausländer auf Einziehung der von ihm gefangenen Fische erkannt wird. Die Fische sind also nach der Besitzergreifung nicht mehr herrenlos¹²⁾.

2. Das Fischereirecht in Binnengewässern

Das Fischereirecht in Binnengewässern ist nach Art. 69 EGBGB der landesrechtlichen Regelung vorbehalten. Im wesentlichen stimmt die Regelung in den einzelnen Fischereigesetzen der deutschen Länder überein. Für Bayern ist maßgebend das FischG, für Preußen das preußFischG¹³⁾.

In Binnengewässern hat der Eigentümer des Gewässers das Fischereirecht¹⁴⁾. Bei den Strömen und Schifffahrtskanälen, den schiffbaren Gewässern oder öffentlichen Flüssen (Wasserläufe 1. Ordnung) ist Eigentümer regelmäßig der Staat (Art. 2 WG)¹⁵⁾, so daß hier das staatliche Fischereiregal bestehen bleibt. Nicht schiffbare Flüsse, Privatflüsse (Wasserläufe 2. Ordnung) und Bäche, unbedeutende, nicht schiffbare Wasserläufe (Wasserläufe 3. Ordnung) stehen im Eigentum der Anlieger (Art. 21 WG), die an ihnen regelmäßig bis zur Mittellinie des Gewässers fischereiberechtigt sind¹⁶⁾. Ältere Fischereirechte Dritter (Privatpersonen oder Gemeinden) wurden durch das preußFischG nicht beseitigt, wenn sie schon vor 1914¹⁷⁾ bestanden hatten. Sie erloschen aber, wenn sie nicht bis 1927 in das Wasserbuch oder in das Grundbuch eingetragen waren. Neue Fischereirechte an fremden Gewässern dürfen nach §§ 11, 17 preußFischG nicht begründet werden.

Das Fischereirecht ist die bürgerlich-rechtliche, regelmäßig aus dem Eigentum oder einem sonstigen dinglichen Recht abgeleitete Befugnis, in einem bestimmten Gewässer oder Gewässerabschnitt, dem sogenannten Fischwasser, Fische, Krebse und andere nutzbare Wassertiere, soweit sie nicht Gegenstand des Jagdrechts sind, zu hegen und sich anzueignen (Art. 1 Abs. 1 FischG)¹⁸⁾. Nach § 1 VollzVO FischG¹⁹⁾ sind außer den Fischen und Krebsen Schildkröten sowie Fluß- und Teichmuscheln Gegenstand des Fischereirechts. Frösche dürfen in Gewässern, die zur Fischerei benutzt werden, nur von den zur Ausübung der Fischerei Berechtigten und von Personen gefangen werden, welche von dem Fischereiberechtigten die schriftliche Bewilligung hierzu erhalten haben (Art. 1 Abs. 4 FischG). Nach § 4 preußFischG ist auch See- und Korallenmoos Gegenstand des Fischereirechts, obwohl es sich dabei an sich nicht um Tiere handelt. Da Fischotter, Biber und Wasservögel gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 BJagdG jagdbare Tiere sind, unterliegen sie nicht dem Fischereirecht²⁰⁾. Das Fischereirecht bezieht sich nur auf herrenlose Tiere und Gegenstände. Es erstreckt sich daher nicht auf Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern, da diese nach § 960 Abs. 1 S. 2 BGB nicht herrenlos sind²¹⁾. Geschlossene Gewässer im Sinne des Gesetzes sind alle künstlich angelegten Fischteiche und Fischbehälter, die lediglich zum Zwecke der Fischzucht oder Fischhaltung künstlich hergestellten und ständig abgesperrten Rinn-

¹²⁾ v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218 N. 3

¹³⁾ Fischereigesetz für das Königreich Bayern v. 15. 8. 1908; Preußisches Fischereigesetz v. 11. 5. 1916 Art. 3 FischG

¹⁴⁾ Wassergesetz für das Königreich Bayern v. 23. 3. 1907; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 IV = S. 302

¹⁵⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 I = S. 244

¹⁶⁾ §§ 7, 8 preußFischG

¹⁷⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 432

¹⁸⁾ Verordnung über den Vollzug des Fischereigesetzes für das Königreich Bayern v. 18. 3. 1909 (BayBS IV S. 464)

¹⁹⁾ Lufinger, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 Teil II Anm. 3 zu Art. 1 FischG = S. 33

²⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V = S. 302; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 = S. 249

sale sowie mit Ausnahme der Altwässer alle anderen Gewässer, denen es an einer für den Wechsel der Fische geeigneten regelmäßigen Verbindung mit einem anderen natürlichen Gewässer fehlt. (Art. 2 FischG) Die in diesen Gewässern befindlichen Fische stehen im Eigentum und können daher nicht Gegenstand eines Fischereirechts sein.

Das Fischereirecht erstreckt sich vorbehaltlich besonderer Rechtsverhältnisse auch auf die natürlich oder künstlich hergestellten Abzweigungen fließender Gewässer (Seitenarme, Kanäle, Bewässerungsgräben usw.) in der durch die Lage und durch das Längeverhältnis der Hauptwasserstrecken bestimmten räumlichen Ausdehnung (Art. 4 FischG). Verändert ein fließendes Gewässer infolge natürlicher Ereignisse oder durch künstliche Ableitung (Durchstiche, Regulierungen, Uferschutzbauten und dergleichen) sein Bett, so sind nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 FischG die Inhaber der Fischereirechte sowohl in dem neuen Wasserlauf als auch in dem sich etwa bildenden Altwasser und in den durch Längs- und Querbauten abgetrennten Wasserflächen (Buhnen) bis zur vollständigen Verlandung fischereiberechtigt²²⁾.

Das Fischereirecht ist ein ausschließliches Aneignungsrecht mit Hilfsrechten²³⁾. Wichtigster Bestandteil ist das Aneignungsrecht an den herrenlosen Fischen, die sich in bestimmten Gewässern auf dem Fischereigrundstück befinden, und an den von Unbefugten gefangenen Fischen²⁴⁾. Es ist das ausschließliche Recht, dem Fischfang nachzugehen und an den Fischen Eigentum zu erwerben²⁵⁾. Dabei ist unter Fischen nicht nur die Besitzergreifung von Fischen, sondern jede die Fische aufsuchende oder verfolgende und auf die Erlangung des Besitzes an ihnen abzielende Handlung zu verstehen. Ob die Handlung zweckdienlich ist, spielt dabei keine Rolle²⁶⁾. Gegenstand des Aneignungsrechts sind auch Fischlaich, Fischbrut und tote Fische, soweit sie ihrer ganzen Beschaffenheit nach als solche angesehen werden können²⁷⁾. Das Aneignungsrecht umfaßt auch die Befugnis zur Fischnacheile (Fischfolgerecht) bei Überschwemmungen²⁸⁾. Tritt ein Fischwasser über seine Ufer aus, so ist der im Fischwasser Fischereiberechtigte befugt, auf dem überfluteten Grundstück zu fischen. Vorkehrungen, welche den Zweck haben, die Rückkehr des Wassers und der Fische in das Wasserbett zu hindern, dürfen nicht angebracht werden. Bleiben nach dem Rücktritt des Wassers auf den Grundstücken in Gräben und anderen Vertiefungen, die nicht in fortdauernder Verbindung mit dem Fischwasser stehen, Fische zurück, so ist der Fischereiberechtigte berechtigt, sie sich längstens innerhalb einer Woche anzueignen (Art. 6 FischG). Dieses Recht der Fischnacheile gehört zum gesetzlichen Inhalt des Fischereirechts²⁹⁾. Der Grundeigentümer, auf dessen Grundstück die Fische gelangt sind, hat nur dann ein Aneignungsrecht, wenn nach dem Zurücktreten des Wassers Fische in Lachen zurückbleiben (§ 12 preußFischG)³⁰⁾, in Bayern erst nach Ablauf der einwöchigen Frist (Art. 6 Abs. 3 S. 2 FischG).

²²⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 432

²³⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 II = S. 250

²⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 = S. 303

²⁵⁾ Lügner, Das Fischereirecht in Bayern, Teil II 1955 Anm. 5 zu Art. 1 FischG = S. 33

²⁶⁾ Lügner, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 15 Stichwort Fischen

²⁷⁾ Lügner, Das Fischereirecht in Bayern, Teil II 1955 Anm. 5 zu Art. 1 FischG = S. 33;

Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V = S. 303

²⁸⁾ Lügner, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 11 Stichwort Aneignungsrecht; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 III = S. 250

²⁹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 1925 Anm. 3 zu Art. 6 = S. 37

³⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V = S. 303

Neben dem Aneignungsrecht ist das Hegerecht des Fischereiberechtigten Inhalt des Fischereirechts (Art. 1 Abs. 1 FischG; § 3 hessFischG³¹⁾ ³²⁾. Man versteht darunter die Befugnis, Maßnahmen zur Züchtung und Erhaltung des Fischbestandes zu treffen und andere Personen von schädigenden Handlungen auszuschließen³³⁾. Insbesondere sind es die Maßnahmen, die zur Hebung des Fischbestandes dienen und auf die Verbesserung seiner Lebensbedingungen abzielen. Zur Hege gehört demnach insbesondere das Einsetzen von Zuchtmaterial, das Füttern der Fische, die Anbringung von Unterständen sowie die Erleichterung des Laichgeschäfts durch Einlegen von Zweigen und Reisern und durch Anlegung von Kiesbetten. Ferner ist die künstliche Förderung des Wasserpflanzenwuchses und die Einsetzung von Tieren zu erwähnen, die als Fischnahrung dienen, wie Schnecken, Krustentiere usw.³⁴⁾. Zum Hegerecht gehört ferner die Befugnis, fischschädliche Tiere zu töten und sich anzueignen, auch wenn diese dem Jagdrecht unterliegen (§§ 4, 105 preußFischG)³⁵⁾. In Bayern ist es dem Fischereiberechtigten nach Art. 85 Abs. 1 FischG gestattet, Fischotter, Reiher, Fischadler, Möwen und Eisvögel innerhalb seines Fischwassers und in einer Entfernung von höchstens 3 m vom Ufer des Fischwassers zu fangen oder ohne Anwendung von Schußwaffen, Gift- oder Sprengstoffen zu erlegen. Jedoch hat der Fischereiberechtigte die gefangenen oder getöteten jagdbaren Tiere an den Jagdberechtigten innerhalb 24 Stunden nach ihrer Erbeutung abzuliefern. Es ist ihm lediglich erlaubt, die zur Erlangung einer Entlohnung allenfalls erforderlichen Körperteile der Tiere sich vor der Ablieferung anzueignen (Art. 85 Abs. 3 FischG). Ferner genießt der Fischereiberechtigte Schutz gegen Einrichtungen, die dem Fischfang schädlich sind, wie Turbinen, Einleitung flüssiger Stoffe und übermäßige Wasserableitung (§§ 101 bis 103 preuß FischG)³⁶⁾. Derjenige, der in einem Wasserlauf Wehre, Schleusen, Dämme oder andere Wasserwerke, die den Zug der Fische nach auf- oder abwärts verhindern oder erheblich beeinträchtigen, errichtet, hat auf seine Kosten geeignete Fischwege anzulegen und zu unterhalten (Art. 75 FischG). Ebenso kann dem Eigentümer von Triebwerken zum Schutz der Fische gegen Beschädigungen jederzeit die Herstellung und Unterhaltung von Vorrichtungen auferlegt werden, die das Eindringen der Fische in die Triebwerke verhindern (Art 76 FischG). Dieser Schutz des Fischereiberechtigten spielt bei der Verletzung seines Rechts eine erhebliche Rolle. Daneben beinhaltet das Fischereirecht das Recht zum Betreten und Befahren des Wassergrundstücks, was dann von Bedeutung ist, wenn der Fischereiberechtigte nicht zugleich Eigentümer ist³⁶⁾. Außerdem umfaßt das Fischereirecht als weiteres Hilfsrecht das Recht, fremde Grundstücke zu betreten (Uferbenutzungsrecht), soweit die Fischerei das erfordert (§§ 13 bis 15 preußFischG)³⁷⁾. Dieses Uferbenutzungsrecht ist für die Angel- und Bachforellenfischerei unentbehrlich. Der zur Ausübung der Fischerei Berechtigte ist befugt, unter Einhaltung von Vorsichtsmaßnahmen fremde Ufergrundstücke, Brücken, Wehre und Schleusen zu betreten, an ihnen Schiffe sowie Fanggeräte und Fischbehälter zu befestigen, soweit dies zur ordnungsmäßigen Ausübung der Fischerei und zur Pflege und Beaufsichtigung des Fischwassers erforderlich ist (Art. 70 FischG). Das gleiche Recht hat das Hilfs-

³¹⁾ Hessisches Fischereigesetz v. 11. 11. 1950 (GVBl. 255)

³²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 III = S. 250; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 2 = S. 303

³³⁾ Lüglinger, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 Teil II Anm. 4 zu Art. 1 FischG = S. 33

³⁴⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. 5 zu Art. 1 FischG

³⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 2 = S. 303

³⁶⁾ Lüglinger, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 18 Stichwort Fischereirecht

³⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 2 N. 18 = S. 303; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 III = S. 250

und Aufsichtspersonal des Fischereiberechtigten. Jedoch erstreckt sich das Uferbenutzungsrecht nicht auf eingefriedigte Grundstücke.

Neben den im Fischereirecht notwendig enthaltenen Rechten gibt es nicht notwendige Nebenrechte, die mit dem Fischereirecht verbunden sein können. Hierher gehören das Recht zum Netztrocknen oder zur Rohrnutzung³⁷⁾.

Das Aneignungs- und Hegerecht sowie die mit ihnen verbundenen Hilfsrechte sind ihrerseits Gegenstand eines selbständigen immateriellen Rechtsguts³⁸⁾. Dieses Rechtsgut ist die Summe der dem Fischereiberechtigten verliehenen einzelnen Rechte. Die Ausübung eines dieser Rechte wird regelmäßig Teil eines planmäßigen Betriebes sein. An diesem Fischereibetrieb besteht ein absolutes Herrschaftsrecht des Fischereiberechtigten³⁹⁾.

3. Die Fischereiberechtigung und ihr Rechtsschutz

Den Inhaber des Fischereirechts bezeichnet das FischG als Fischereiberechtigten. In Bayern sind zwei verschiedene Arten des Fischereirechts zu unterscheiden³⁹⁾:

- a) Das Eigentumsfischereirecht. Es ergibt sich, soweit keine besonderen Rechtsverhältnisse bestehen, nach Art. 3 FischG aus dem Eigentum am Gewässer. Der Eigentümer des Gewässers ist also in der Regel Inhaber des Fischereirechts³⁹⁾. Im Zweifel wird daher zu vermuten sein, daß der Eigentümer fischereiberechtigt ist. Zum Eigentumsfischereirecht zählt auch das Anliegerfischereirecht, das dem Ufereigentümer am Adjazentenfluß (Art. 21 WG) zusteht. Das Eigentumsfischereirecht ist im FischG nicht besonders geregelt. Im Grundbuch kann es, da es lediglich eine Folge des Eigentums darstellt, nach Art. 1 Abs. 1 FischG nicht eingetragen werden³⁹⁾.
- b) Das selbständige Fischereirecht. Es entsteht durch Übertragung eines Eigentumsfischereirechts auf einen Dritten und ist ein vom Eigentum losgelöstes, selbständiges, übertragbares dingliches Nutzungsrecht am Wassergrundstück³⁹⁾. Der Eigentümer des Gewässers ist dabei mit dem Inhaber des Fischereirechts nicht identisch. Für selbständige Fischereirechte gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften (Art. 9 FischG). Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden auf die selbständigen Fischereirechte gemäß Art. 9 Abs. 2 FischG entsprechende Anwendung.

Sonderformen des selbständigen Fischereirechts⁴⁰⁾ sind das subjektiv-dingliche, das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht, und das subjektiv-persönliche, das zugunsten einer bestimmten Person bestellte Fischereirecht (Art. 10 FischG).

Das selbständige Fischereirecht ähnelt nach seiner rechtlichen Natur weitgehend einer Dienstbarkeit des BGB. Trotzdem hat das FischG die Bestellung in Form einer Dienstbarkeit ausdrücklich für unzulässig erklärt (Art. 15 FischG). Soweit Fischereirechte in Form von Dienstbarkeiten bestanden, sind sie mit Inkrafttreten des FischG in selbständige Fischereirechte umgewandelt worden. Die rechtsgeschäftliche Begründung eines selbständigen Fischereirechts erfolgt durch formgebundene Einigung gemäß Art. 13 FischG⁴⁰⁾. Selbständige Fischereirechte

³⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 2 N. 18 = S. 303; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 III = S. 250

³⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 II 1 = S. 294

³⁹⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 432; Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 16 Stichwort Fischereiberechtigter

⁴⁰⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 432/3; Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 29 Stichwort Selbständige Fischereirechte

erhalten nur auf Antrag oder bei ihrer Veräußerung oder Belastung ein eigenes Grundbuchblatt (Art. 14 Abs. 2 FischG).

Auch an räumlich begrenzten Teilen eines Fischwassers können selbständige Fischereirechte bestellt werden. Dagegen ist die Beschränkung des Fischereirechts auf das Hegen oder die Aneignung bestimmter Wassertiere oder die Benutzung bestimmter Fangmittel oder ständiger Vorrichtungen (Wehre, Zäune, feststehende Netzvorrichtungen, Sperrnetze usw.) unzulässig (Art. 11 S. 1 FischG). Fischereirechte, die den Berechtigten auf den Fang einer bestimmten oder nach dem Hausbedarf zu bemessenden Menge von Fischen einschränken, sind zulässig⁴¹⁾. Insbesondere ist in Preußen das auf den häuslichen Gebrauch beschränkte Fischereirecht (Fischereirecht „zu Tisches Notdurft“) bekannt (§ 5 preußFischG). In diesem Fall darf der Berechtigte nur für seinen eigenen Bedarf und den der Familienangehörigen seines Haushalts fischen, z. B. nicht für Hotelgäste⁴²⁾. Ferner sind beschränkte Fischereirechte zulässig, die dem Berechtigten hinsichtlich der Benutzung von Fangmitteln oder Vorrichtungen Beschränkungen auferlegen, die über die fischereipolizeilichen Vorschriften hinausgehen (z. B. Vereinbarung über das Maß der Öffnungen von Fanggeräten)⁴³⁾. Beide beschränkte Fischereirechte fallen nicht unter Art. 11 FischG. Es ist zu beachten, daß die zur Zeit des Inkrafttretens des FischG am 1. 4. 1909 bestehenden beschränkten Rechte aufrechterhalten worden sind, auch wenn sie unter die Vorschrift des Art. 11 FischG fallen. Demnach bestehen also auch heute noch selbständige Fischereirechte, die insofern beschränkt sind, als sie sich nicht auf die Ausübung der Fischerei in ihrem ganzen Umfang beziehen. Diese beschränkten Fischereirechte verleihen dem Berechtigten nur die Befugnis, entweder

alle Fische, aber nur mit bestimmten Fangmitteln, oder
bestimmte Fischarten mit bestimmten Fangmitteln oder
bestimmte Fischarten ohne Beschränkung auf bestimmte Fangmittel

zu fangen⁴⁴⁾. Das Recht, alle Fische, aber nur mit bestimmten Fangmitteln, zu fangen, findet sich dann, wenn die Befugnis verliehen ist, mit kleinem Zeug (Angel, Reusen) zu fischen und die Verwendung von großem Zeug (Zugnetze) ausgeschlossen ist⁴⁴⁾. Hierher gehört also das Recht zum Fang von Fischen mit der Angel⁴⁵⁾. Das Recht, mit kleinem Zeug zu fischen, ist mitunter auf des „Tisches Notdurft“ beschränkt (sogenannte Küchenfischerei)⁴⁶⁾. Das Recht, bestimmte Fischarten mit bestimmten Fangmitteln zu fangen, findet sich hauptsächlich auf dem Gebiet der Aalfischerei. Hierher gehört das Recht, Aale mit der Handangel zu fangen, und das einzelnen Müllern zustehende Recht, den Aal mit dem sogenannten Aalkorb zu fangen⁴⁶⁾. Zu den Rechten, bestimmte Fischarten ohne Beschränkung auf bestimmte Fangmittel zu fangen, gehören die Berechtigungen, in einem Gewässer nur den Aal-, Hecht- oder Krebsfang auszuüben⁴⁷⁾. In allen Fällen kann das Hauptfischereirecht ein selbständiges

⁴¹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz 1925 Anm. 1 zu Art. 11 FischG = S. 47; Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 13 Stichwort Beschränkte Fischereirechte

⁴²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 N. 16 = S. 303

⁴³⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz 1925 Anm. 1 zu Art. 11 FischG = S. 47

⁴⁴⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. I zu Art. 11 FischG

⁴⁵⁾ Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 13 Stichwort Beschränkte Fischereirechte

⁴⁶⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. I zu Art. 11 FischG

⁴⁷⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. I zu Art. 11 FischG; Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 13 Stichwort Beschränkte Fischereirechte; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 N. 16 = S. 303

oder ein Eigentumsfischereirecht sein⁴⁸⁾. Das beschränkte Recht kann konkurrierend oder ausschließend sein⁴⁹⁾. Beim konkurrierenden Fischereirecht ist der Inhaber befugt, neben dem allgemein Fischereiberechtigten gewisse Wassertiere zu fangen, während beim ausschließend beschränkten Recht die Befugnis des Inhabers den allgemein Berechtigten von dem Fang der betroffenen Fischart ausschließt⁴⁹⁾. In der Regel wird der beschränkt Berechtigte mit dem Hauptberechtigten hinsichtlich der Aneignung der betreffenden Fischart konkurrieren⁵⁰⁾.

Wer ein in das Grundbuch eingetragenes selbständiges Fischereirecht ausübt, wird nach den für den Besitzschutz geltenden Vorschriften gegen Störungen der Ausübung geschützt; sofern das Fischereirecht nicht im Grundbuch eingetragen ist, wird der Besitzschutz nur gewährt, wenn das Fischereirecht in jedem der drei letzten Jahre mindestens einmal ausgeübt worden ist (Art. 16 FischG)⁵¹⁾.

Im preußischen Rechtsgebiet sind ältere Fischereirechte Dritter nur aufrechterhalten worden, wenn sie bis 1927 in das Wasser- oder Grundbuch eingetragen waren⁵²⁾. Neue Fischereirechte an fremden Gewässern dürfen nicht begründet werden (§§ 11, 17 preußFischG).

Die Ausübung des Fischereirechts ist gewissen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen in räumlicher oder persönlicher Beziehung unterworfen. Zum selbständigen Fischereibetrieb ist gemäß Art. 18 FischG in der Regel nur der befugt, dessen Recht sich auf einen solchen räumlichen Umfang des Gewässers erstreckt, daß stets eine ordnungsmäßige und nachhaltige Bewirtschaftung ermöglicht wird. Bei fließenden Gewässern ist dazu regelmäßig eine zusammenhängende, die ganze Breite des Gewässers umfassende Strecke von mindestens zwei km Uferlänge erforderlich. Fischereirechte, die diesen Voraussetzungen nicht entsprechen, werden zu einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb vereinigt, der sich auf die Rechte an sämtlichen in der Gemarkung einer Gemeinde gelegenen zusammenhängenden Fischwassern, soweit sie nicht selbständige Fischereibetriebe bilden, zu erstrecken hat (Art. 19 Abs. 1 FischG). Sofern es zweckmäßig erscheint, können auch Fischereirechte in benachbarten Gemeindemarkungen in den gemeinschaftlichen Fischereibetrieb einbezogen werden. Während die Ausübung des Fischereirechts im selbständigen Fischereibetrieb dem Inhaber des Rechts zusteht, darf sie in einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb, sofern mehr als zwei Personen beteiligt sind, nur ausgeübt werden durch besonders angestellte Fischer, durch Verpachtung auf gemeinsame Rechnung oder auf genossenschaftlichem Wege (Art. 20 FischG). Kommt zwischen den Beteiligten keine Regelung über die Art der Fischereiausübung zustande, so werden sie zu Zwangsgenossenschaften vereinigt oder die Ausübung der Fischerei an die Gemeinde übertragen. Die Ausübung von Fischereirechten, die weder einen selbständigen Fischereibetrieb bilden, noch einem gemeinschaftlichen Fischereibetrieb angehören, ist auf Antrag dem Inhaber eines am gleichen Wasserlauf bestehenden selbständigen Fischereibetriebes gegen Entschädigung zu überlassen (Art. 22 FischG)⁵³⁾.

Persönliche Beschränkungen betreffen die Ausübung der Fischerei in solchen Fällen, in denen an der gleichen Gewässerstrecke eine Mehrheit von Personen

⁴⁸⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. I zu Art. 11 FischG

⁴⁹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 1925 Anm. 2 zu Art. 11 FischG

⁵⁰⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. I zu Art. 11 FischG

⁵¹⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 433

⁵²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 IV = S. 302

⁵³⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 433

oder eine Gemeinde oder Stiftung fischereiberechtigt ist⁵³⁾. Koppelfischerei liegt vor, wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen oder mehreren Personen ein Fischereirecht zusteht (Art. 24 Abs. 1 FischG). Diese Koppelfischereirechte können nach Art. 27 FischG nur von dem Berechtigten selbst, durch einen ständig hierfür aufgestellten Vertreter, durch Verpachtung oder durch Anschluß an eine Genossenschaft ausgeübt werden.

Die Ausübung der Fischereirechte kann von dem Berechtigten Dritten übertragen werden⁵⁴⁾. So können Fischereirechte durch Verpachtung genutzt werden. Fischereipachtverträge sind für mindestens 10 Jahre und mit höchstens drei Personen als Pächtern abzuschließen (Art. 31 FischG). Der Pachtvertrag bedarf der Schriftform. Unterpacht ist nur mit Genehmigung des Verpächters und für das ganze Fischereirecht sowie für den vollen Rest der Pachtdauer zulässig. Das Fischereirecht kann nur mit dem vollen Inhalt des Art. 1 Abs. 1 FischG verpachtet werden; die Aufteilung eines Fischwassers oder Fischereigebietes zum Zwecke getrennter Verpachtung ist unzulässig⁵⁵⁾. Daneben gibt es einen weiteren Personenkreis, der vom Fischereiberechtigten zur Ausübung der Fischerei berechtigt ist⁵⁶⁾. Es sind dies diejenigen Personen, denen der Fischereiberechtigte oder mit dessen Einwilligung der Fischereipächter oder der Vorstand einer Fischereigenossenschaft mit Genehmigung der Verwaltungsbehörden einen Erlaubnisschein zur Ausübung der Fischerei ausgestellt hat (Art. 35 FischG). Nicht hierher gehören die Personen, die im Namen und Auftrag des Fischereiberechtigten die Fischerei in der Weise ausüben, daß sie den auf die Ausübung sich beziehenden Weisungen des Berechtigten Folge leisten müssen (Hilfs- und Aufsichtspersonal), und die nicht selbständigen und von ihm abhängigen Familienangehörigen⁵⁶⁾.

Aus Fischereiberechtigten oder Pächtern können öffentliche Fischereigenossenschaften gebildet werden zur geregelten Aufsichtsführung und zu gemeinsamen Maßnahmen zum Schutze und zur Hebung des Fischbestandes (Schutzgenossenschaften) sowie zur gemeinsamen Bewirtschaftung und Nutzung der Fischwasser (Wirtschaftsgenossenschaften)⁵⁷⁾. Die Bildung der Genossenschaften erfolgt entweder durch freiwillige Vereinbarung der Beteiligten (freiwillige Genossenschaft) oder durch Verfügung der Kreisverwaltungsbehörde (Zwangsgenossenschaft) — Art. 37 ff FischG. Die öffentlichen Fischereigenossenschaften, zu deren Bildung mindestens drei Personen erforderlich sind, sind juristische Personen des öffentlichen Rechts⁵⁸⁾.

Ähnlich ist das Fischereirecht im preußischen Rechtsgebiet geregelt⁵⁹⁾. Auch hier gibt es Zusammenschlüsse ganzer Gruppen von Fischereiberechtigten zur Förderung der modernen Fischerei. Das preußFischG kennt ebenfalls eine sorgfältig geregelte Genossenschaftsform in zwei Typen (§§ 36 ff preußFischG), ferner als lockeren Zusammenschluß die Bildung gemeinschaftlicher Fischereibezirke (§ 86 preußFischG) sowie auch selbständige Fischereibezirke einzelner (§ 89 ff preußFischG)⁵⁹⁾.

Das Fischereirecht in den verschiedenen möglichen Formen ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, so daß sein Inhaber bei einer Verletzung stets den Rechtsschutz dieser Vorschrift genießt. Jedoch ist der Grund für die Zugehörigkeit zu den sonstigen Rechten jeweils unterschiedlich.

⁵³⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 433

⁵⁴⁾ Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 16 Stichwort Fischereiberechtigter

⁵⁵⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 434

⁵⁶⁾ Luginer, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 16 Stichwort Fischereiberechtigter

⁵⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 VII = S. 304

⁵⁸⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 434

⁵⁹⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1960 § 27 III = S. 165/166

Daß das Eigentumsfischereirecht zu den sonstigen Rechten gehört, folgt aus der Tatsache, daß es ein Ausfluß des Eigentums am Gewässer (Art. 3 FischG) ist. Es ist mit dem Eigentum am Gewässer insofern nicht identisch, als es unabhängig vom Eigentum als selbständiges Fischereirecht begründet werden kann. Wegen seiner Verwandtschaft mit dem Eigentum bestehen aber keine Bedenken, es zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Gegen Beeinträchtigungen wird es genauso geschützt wie das Eigentum⁶⁰⁾.

Daß das selbständige Fischereirecht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, folgt aus der Tatsache, daß es seiner rechtlichen Natur nach weitgehend einer Dienstbarkeit des BGB ähnelt⁶⁰⁾, obwohl es gemäß Art. 15 FischG nicht als Dienstbarkeit bestellt werden darf. Das selbständige Fischereirecht (Fischereigerechtigkeit) ist eine Belastung des Wassergrundstücks⁶¹⁾. Hinzu kommt, daß gemäß Art. 9 Abs. 2 FischG die Ansprüche aus dem Eigentum auf die selbständigen Fischereirechte entsprechende Anwendung finden. Der Berechtigte wird also gegen Störungen negatorisch geschützt⁶¹⁾. Weiterhin geht seine geschützte Rechtsstellung auch aus Art. 16 FischG hervor, wonach die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften auf das selbständige Fischereirecht entsprechende Anwendung finden.

Streitig ist die Frage, ob das dem Fischereipächter zustehende Fischereirecht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist. Verschiedentlich wird sie mit der Begründung verneint⁶²⁾, daß die Fischereipacht nur ein persönliches Schuldverhältnis zwischen den Vertragsparteien begründe. Der Fischereipächter sei nur Gläubiger und seine Pacht daher nur ein persönliches, kein dingliches Recht. Er habe somit keinen Störungs- oder Unterlassungsanspruch gegen Dritte, die sein Fischereirecht verletzen. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es muß vielmehr ebenso wie bei der Jagdpacht zwischen dem Fischereipachtvertrag als Kausalgeschäft und der in Erfüllung dieses Vertrages erfolgenden Übertragung des Fischereirechts unterschieden werden. Zwar erzeugt der Pachtvertrag nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen Pächter und Verpächter, jedoch stellt die Übertragung des Fischereirechts als Erfüllung des Pachtvertrages eine Verfügung dar⁶³⁾. Dem Fischereipächter ist somit nicht nur die Ausübung des Aneignungsrechts übertragen worden, sondern das Recht selbst⁶⁴⁾. Er ist Originalberechtigter⁶⁴⁾. Insoweit besteht ein gewisser Unterschied zum Recht des Jagdpächters, das deshalb unselbständig ist, weil das Jagdrecht nach § 3 BJagdG mit dem Eigentum am Grund und Boden untrennbar verbunden ist, also auch nach der Verpachtung weiterbesteht. Der Fischereipächter erwirbt durch den Aneignungsakt primäres Eigentum an den gefangenen Fischen⁶⁴⁾. Im Ergebnis ist der Fischereipächter also durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt und kann auch bei fahrlässiger Verletzung seines Aneignungsrechts Schadensersatz verlangen⁶⁵⁾. Dies wird heute auch von der herrschenden Meinung überwiegend anerkannt⁶⁶⁾, jedoch mit zum Teil etwas abwei-

⁶⁰⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 432

⁶¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 IV = S. 302

⁶²⁾ OLG Köln RheinArch 110, 249; OLG München SeuffA 60, 436 Nr. 229

⁶³⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (192)

⁶⁴⁾ LG Freiburg RdL 1956, 324

⁶⁵⁾ Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (234)

⁶⁶⁾ RG Recht 1911 Nr. 2878; RG JW 1915, 1428 = WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299; OLG Karlsruhe 38, 133; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39; RG LZ 1920, 159; Raape, Aneignungsüberlassung, zugleich ein Beitrag zum Begriff des sonstigen Rechts (§ 823 I) JherJ. 74, 179 (234); Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB; LG Freiburg RdL 1956, 324

chender Begründung. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶⁷⁾ erlangt der Fischereipächter durch Übertragung des Besitzes am Fischgrund ein dinglich wirkendes, alle anderen Personen ausschließendes Recht auf Aneignung der Fische. Durch die Besitzübergabe werde das an sich nur persönliche schuldrechtliche Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter zu einem dinglich wirkenden⁶⁸⁾. Das Reichsgericht stellt also im wesentlichen auf die dingliche Wirkung des Besitzrechts ab. Dem dürfte aber wohl entgegenzuhalten sein, daß der Fischereipächter an den herrenlosen Fischen noch keinen Besitz hat, diesen vielmehr erst durch die Aneignung erlangt. Daher erscheint es folgerichtiger, die Zugehörigkeit des Fischereipachtrechts zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB damit zu begründen, daß der Pächter Inhaber eines ausschließlichen, gegen jedermann, also auch gegen den Verpächter, wirkenden Aneignungsrechts geworden ist. Dieselbe Rechtsstellung erlangt derjenige, den der Fischereiberechtigte nach Art. 35 FischG durch Erteilung eines Erlaubnisscheines zur Ausübung der Fischerei ermächtigt hat⁶⁹⁾. Der Fischereigast ist also auch Inhaber eines sonstigen Rechts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, das sich von dem des Fischereipächters nur hinsichtlich seiner Wirkung gegenüber dem Hauptfischereiberechtigten und dadurch unterscheidet, daß es nicht auf einem Pachtvertrag, sondern auf einem anderen schuldrechtlichen Vertrag oder einem Gefälligkeitsverhältnis beruht.

Die öffentlichen Fischereigenossenschaften genießen hinsichtlich des ihnen zustehenden Fischereirechts ebenfalls den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB. Ihr Fischereirecht unterscheidet sich nicht von dem der übrigen Fischereiberechtigten, so daß es sich ebenfalls um ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB handelt⁷⁰⁾. Das Fischereirecht ist ihnen entweder durch freie Vereinbarung der Beteiligten oder durch hoheitliche Verfügung (Art. 38 FischG) übertragen worden. Alle durch Verleihungen und ähnliche Staats- und Verwaltungsakte entstandenen Fischereirechte sind sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB⁷¹⁾. Daher können auch Wirtschafts-⁷²⁾ und Schutzgenossenschaften bei Verletzung ihres Fischereirechts Schadensersatz verlangen.

4. Die Verletzung des Fischereirechts

Der Hauptinhalt des Fischereirechts ist das ausschließliche Aneignungsrecht an herrenlosen Fischen, gewissen anderen nutzbaren Wassertieren und bestimmten Wasserpflanzen⁷³⁾. Daneben bestehen gewisse weitere Rechte, die in ihrer Gesamtheit als Bestandteil des Fischereirechts ebenfalls unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB fallen. Alle diese Rechte zusammen bilden das Recht am Fischereibetrieb, das als absolutes Herrschaftsrecht gleichfalls durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist⁷⁴⁾. Sofern also ein Eingriff keine Verletzung des Aneignungsrechts enthält, kann trotzdem ein Eingriff in das Recht am Fischereibetrieb vorliegen.

Verletzt wird das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten durch jedes unbefugte Fischen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob derjenige, der das fremde Fischereirecht verletzt, dies aus Sport tut, ohne sich die Fische anzueignen, oder ob er die Fische in Besitz nimmt. Der Fischdieb erlangt an den gefangenen Fischen

⁶⁷⁾ RG Recht 1911 Nr. 2878; RG JW 1915, 1428 = WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299; RG LZ 1920, 159

⁶⁸⁾ RG LZ 1920, 159

⁶⁹⁾ L u g i n g e r, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 16 Stichwort Fischereiberechtigter

⁷⁰⁾ AG Walsrode RdL 1956, 41

⁷¹⁾ W ü s t h o f f, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 4 zu § 823 BGB 6 A = S. 59

⁷²⁾ AG Walsrode RdL 1956, 41

⁷³⁾ v. G i e r k e, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 = S. 249/250; H e d e m a n n, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 27 III = S. 166

⁷⁴⁾ W o l f f - R a i s e r, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 II 1 = S. 294

wohl Besitz, aber gemäß § 958 Abs. 2 BGB kein Eigentum, da die Fische wegen der Verletzung des Aneignungsrechts herrenlos bleiben⁷⁵⁾. Das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten dauert so lange fort, wie die Fische herrenlos sind, also bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Fischereiberechtigte Besitz davon ergreift oder ein gutgläubiger Dritter sie erwirbt (§ 932 BGB)⁷⁶⁾. Es besteht also auch an den von Unbefugten gefangenen Fischen ein Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten⁷⁶⁾. Dieses Aneignungsrecht verletzt nicht nur der Fischdieb, sondern jeder, der sich diese Fische wiederum unberechtigt aneignet⁷⁷⁾. Der Fischereiberechtigte hat somit gegen denjenigen, der dem Fischdieb die Fische wegnimmt, sowie gegen jeden anderen, der sie verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatz bei anderen mitwirkt, einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung seines Aneignungsrechts (§ 259 StGB). Für schuldhaftes Handeln ist Voraussetzung, daß der Täter weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß die Fische unter Verletzung fremden Fischereirechts gefangen worden sind (§ 293 StGB). Ferner wird das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten durch jede Beschädigung oder Vernichtung der Fische verletzt. Hierher gehört der Fall, daß Fische durch Triebwerke und Turbinenanlagen verletzt oder getötet werden⁷⁸⁾. Wegen der wasserrechtlichen Sondervorschriften werden das Verhältnis zum Wasserrecht und die Verletzung des Aneignungsrechts durch schädliche Abwässer gesondert behandelt⁷⁹⁾.

Da sich das Fischereirecht auch auf tote Fische erstreckt, verletzt derjenige das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten, der sich solche Tiere aneignet, was insbesondere bei Fischsterben, Überschwemmungen usw. von Bedeutung ist⁸⁰⁾. Schließlich wird das Aneignungsrecht auch dadurch verletzt, daß andere Sachen, die ebenso wie Fische dem Fischereirecht unterliegen, von einem Unbefugten in Besitz genommen, beschädigt oder zerstört werden (§ 293 StGB). Hierher gehört jede Einwirkung auf eine Sache, welche Gegenstand des Fischereirechts ist. Verletzt wird das Aneignungsrecht also durch die Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Fischlaich (Art. 73 FischG) sowie von Muschelschalen, Seemoos usw.⁸¹⁾.

Verletzbar ist das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten grundsätzlich durch jedermann. Das Aneignungsrecht des Fischereipächters ist auch durch den Verpächter verletzbar, da gemäß Art. 31 Abs. 4 FischG die Verpachtung nur nach dem ganzen Inhalt des Fischereirechts zulässig ist, der Fischereipächter also auch dem Verpächter gegenüber ausschließlich aneignungsberechtigt ist. Eine Verletzung des Aneignungsrechts im Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter liegt z. B. dann vor, wenn der Verpächter das Fischwasser vor Ablauf der Pachtzeit nochmals an einen Dritten verpachtet, der dann auch tatsächlich Fischzüge veranstaltet⁸²⁾. Der Verpächter verletzt in diesem Fall sowohl das Aneignungsrecht des Pächters als auch den zwischen ihnen bestehenden Pachtvertrag. Es konkurrieren also Ansprüche aus Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich im Verhältnis zwischen dem beschränkt Fischereiberechtigten und dem Hauptfischereiberechtigten. Unberechtigt fischt nicht

⁷⁵⁾ Staudinger-Gramm, 10. Aufl. 1939 Anm. 2 D b Rn. 6 zu Art. 69 EGBGB

⁷⁶⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 = S. 303; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 74 III = S. 250

⁷⁷⁾ Staudinger-Gramm, 10. Aufl. 1939 Anm. 2 D b Rn. 6 zu Art. 69 EGBGB

⁷⁸⁾ Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 3. Aufl. 1960 § 27 III f = S. 166 — Art. 76 FischG

⁷⁹⁾ Siehe unten S. 141 ff.; S. 144 ff.

⁸⁰⁾ v. Malsen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht 1910 Anm. 6 zu Art. 1 FischG

⁸¹⁾ Schwarz, Strafgesetzbuch, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 A zu § 293 StGB

⁸²⁾ Dieser Tatbestand lag der Entscheidung des OLG München SeuffA 60, 436 Nr. 229 zugrunde.

nur, wer ohne jede Befugnis fischt, sondern auch wer unter Überschreitung seiner Befugnis fischt⁸³). Der Inhaber eines beschränkten Fischereirechts hat nur ein relativ ausschließliches Aneignungsrecht. Es wirkt nur gegenüber demjenigen, dem überhaupt kein Fischereirecht zur Seite steht, nicht aber gegenüber dem mit ihm konkurrierenden Hauptfischereiberechtigten. Es sind dann beide nebeneinander fischereiberechtigt, jeder nach dem Inhalt seines Rechts. Der Hauptfischereiberechtigte kann in diesem Fall das Aneignungsrecht des beschränkt Fischereiberechtigten nicht verletzen. Lediglich, wenn dem beschränkt Fischereiberechtigten das Fischereirecht hinsichtlich einer bestimmten Fischart ausnahmsweise in der Weise zustehen sollte, daß sein Recht den Hauptberechtigten von dieser Fischart ausschließt, kann dieser es durch Aneignung solcher Fische oder einen anderen Eingriff verletzen. Im umgekehrten Verhältnis verletzt der Fischereiberechtigte, der auf den Fang einer bestimmten Fischart beschränkt ist, das Aneignungsrecht des Hauptfischereiberechtigten, wenn er sich andere Fische aneignet⁸³). Er erlangt das Eigentum an den von ihm gefangenen Fischen insoweit nicht, als sich darunter solche befinden, die er nicht fangen und in Besitz nehmen darf⁸⁴). Wenn in diesem Fall auch das Fischereirecht des Hauptfischereiberechtigten nicht seinem ganzen Inhalt und Umfang nach verletzt wird, so erfährt es doch eine teilweise Beeinträchtigung und Verletzung hinsichtlich der Fische, auf die sich das Aneignungsrecht des beschränkt Fischereiberechtigten nicht erstreckt⁸⁴). In gleicher Weise verletzt der Fischereipächter das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten, wenn er nach Ablauf der Pachtzeit sich Fische aneignet. Er erwirbt an diesen gemäß § 958 Abs. 2 BGB kein Eigentum⁸⁴). Ebenso verletzen Fischereigäste oder Angestellte des Fischereiberechtigten fremdes Aneignungsrecht, wenn sie statt für den Berechtigten für sich fischen, indem sie sich die gefangenen Fische unbefugter Weise aneignen⁸⁵).

Sofern das Fischereirecht zum häuslichen Gebrauch oder für Tisches Notdurft beschränkt ist, verletzt derjenige, der mehr an Fischen fängt und sich zueignet, als der eigene Bedarf erfordert, nicht das Aneignungsrecht des Hauptfischereiberechtigten⁸⁶). Bei diesem Fischfang über den eigenen Bedarf hinaus wird er also auch Eigentümer des Überschusses⁸⁷). Dies folgt daraus, daß sich während der Zeit des Fischfanges und auch danach noch nicht feststellen läßt, welche Fische und in welcher Menge sie sich der Fischer aneignen will. Erst nach einer gewissen Sortierung läßt sich übersehen, inwieweit die Fische zur menschlichen Nahrung geeignet sind. Dadurch wird es dann erst möglich, zu beurteilen, welche Menge Fische ausreicht, um den eigenen Bedarf des Berechtigten zu decken, und ob mehr Fische vorhanden sind, als benötigt werden⁸⁸). Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der eigene Bedarf des Inhabers eines auf die Fischerei zum häuslichen Gebrauch beschränkten Rechtes nicht immer gleich bleibt, sondern mit der Größe der Familie zu- und abnimmt. Bei dieser besonderen Sachlage kann von einer Verletzung des Aneignungsrechts eines anderen keine Rede sein, wenn der auf den häuslichen Gebrauch beschränkte Fischereiberechtigte anscheinend mehr Fische fängt, als zur Befriedigung des eigenen Bedarfs erforderlich sind⁸⁸). Daraus folgt jedoch nicht, daß die Überschreitung keinen Schadensersatzanspruch auslöst. Denn

⁸³) L u g i n g e r, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 15 Stichwort Fischen

⁸⁴) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 222

⁸⁵) L u g i n g e r, Das Fischereirecht in Bayern, 1955 S. 15 Stichwort Fischen

⁸⁶) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218 (226)

⁸⁷) Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 N. 16 = S. 303

⁸⁸) v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218 (226)

das übermäßige Fischen enthält einen Eingriff in das Recht am Fischereibetrieb⁸⁹⁾. Verletzt ist u. a. das Recht, die Fische zu hegen, welches zusammen mit anderen Rechten in ihrer Gesamtheit das Recht am Fischereibetrieb bildet. Außerdem wird durch den übermäßigen Fischfang, der den eigenen Bedarf übersteigt, der Fischbestand gefährdet. Diese Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb macht den Inhaber des beschränkten Rechts schadensersatzpflichtig (§ 823 Abs. 1 BGB) mit der Folge, daß er den erzielten Überschuß herauszugeben hat⁹⁰⁾. Der Beweis für die Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb ist in diesem Fall erbracht, wenn der beschränkt Fischereiberechtigte die gefangenen Fische ganz oder teilweise verkauft oder anderweitig veräußert hat.

Ebenso wird durch die Überschreitung des auf bestimmte Fangmittel beschränkten Fischereirechts nicht das Aneignungsrecht des Hauptfischereiberechtigten verletzt⁹¹⁾. Es ist nicht möglich, mit Sicherheit festzustellen, daß im einzelnen Fall ein Fischfang nur deshalb reichlicher ausgefallen ist, als es sonst geschehen wäre, weil der Fischer sich anderer Netze und Fischereigerätschaften bedient hat, als er nach dem Inhalt des Rechts benutzen darf. Aber auch hier liegt ein Eingriff in das Recht am Fischereibetrieb vor, da das Hegerecht des Fischereiberechtigten verletzt ist und auf längere Zeit gesehen eine Minderung des Fischbestandes zu gewärtigen ist. Der Hauptfischereiberechtigte kann auf Unterlassung jeder weiteren Zuwiderhandlung klagen und Ersatz des ihm etwa entstandenen Schadens beanspruchen⁹²⁾.

Eine Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb liegt stets dann vor, wenn ein einzelnes dem Fischereiberechtigten zustehendes Recht verletzt wird. Hierher gehört die Störung und Gefährdung der Befugnis, die Fische zu hegen. Alle Handlungen und Einwirkungen anderer, die das Hegerecht beeinträchtigen, z. B. wenn andere die Fische in unzumutbarer Weise füttern oder schädliche Fische oder andere schädliche Wassertiere einsetzen⁹³⁾, sind eine Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb. Auch der Pächter ist in einem solchen Fall unmittelbar Geschädigter, da er ebenfalls das Recht und die Pflicht zur Hege des Fischbestandes hat⁹⁴⁾. Damit verwandt sind alle Eingriffe auf den Fischbestand selbst, sofern sie keine unmittelbare Verletzung des Aneignungsrechts enthalten. Bei einer Beschädigung, Zerstörung oder Tötung von Fischen liegt ein unmittelbarer Eingriff in das Aneignungsrecht und damit eine Verletzung dieses Rechts vor. Sofern aber nicht unmittelbar in den Fischbestand eingegriffen wird, dieser vielmehr nur gefährdet, an seiner weiteren Entwicklung gestört oder auf andere Weise verschreckt wird, liegt eine Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb vor. Dies ist der Fall, wenn in einem nicht geschlossenen Gewässer Vorrichtungen zu dem Zweck angelegt werden, den freien Zug der Fische zu verhindern oder zu beeinträchtigen (Art. 74 FischG). Weiter wird der Fischbestand dadurch beeinträchtigt, daß in einem nicht geschlossenen Gewässer Wehre, Schleusen, Dämme oder andere Wasserwerke, die den Zug der Fische nach auf- oder abwärts verhindern oder erheblich erschweren, ohne Anlegung geeigneter Fischwege errichtet werden (Art. 75 FischG). Auch wer Fischwasser in einem über das Bedürfnis hinaus bestimmten Maß abzapft oder ablaufen läßt oder bei der Benutzung zu landwirtschaftlichen, gewerblichen oder industriellen Zwecken dem Fischwasser soviel Wasser entzieht, daß dadurch der Fischbestand gefährdet wird, verletzt das Recht am Fische-

⁸⁹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 II 1 = S. 294

⁹⁰⁾ v. Brünneck, Wo und wann findet im Bereiche der preußischen Landesgesetzgebung der § 958 Abs. 2 BGB auf die Fischerei Anwendung? Gruch 61, 218 (227); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 81 V 1 N. 16 = S. 303

⁹¹⁾ v. Maisen-Waldkirch-Hofer, Das bayer. Fischereirecht, 1910 Anm. 5 zu Art. 1 FischG = S. 137

⁹²⁾ LG Freiburg RdL 1956, 324

reibetrieb (Art. 77 Abs. 1 und 2 FischG). Der zur Ableitung des Wassers Berechtigte handelt widerrechtlich, wenn er dem Fischereiberechtigten nicht den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Ableitung so rechtzeitig anzeigt, daß dieser seine Interessen wahren kann, es sei denn, es handle sich um einen Notfall oder um eine zu bestimmter Zeit wiederkehrende Ableitung (Art. 77 Abs. 3 FischG⁸³). Außerdem enthält jedes Schlämmen von Fischwassern, worunter jede Art von Schlammreinigung oder Schlammentnahme zu verstehen ist⁸⁴), ferner die Räumung von Binsen, Schilfgewächsen und anderen Wasserpflanzen sowie das Abmähen von Wassergräsern an Rinnsalen eine Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb. Sofern diese Handlungen in den Monaten Juli, August und September und in Bewässerungs- und Entwässerungsgräben außerdem in den Monaten Oktober und November vorgenommen werden, ist das Vorgehen nicht rechtswidrig (Art. 78 FischG). Schließlich wird das zu dem Recht am Fischereibetrieb gehörige Hegerecht dadurch verletzt, daß an Laichschonstätten (Art. 80 FischG) eine Tätigkeit ausgeübt wird, die zu einer Störung des Fortpflanzungsgeschäftes der Fische oder Gefährdung des Laiches oder der Fischbrut führt (Art. 81 FischG). Hierher gehört die Räumung des Bettes, die Entnahme von Wasserpflanzen, Sand, Kies, Steinen und Schlamm, das Befahren mit Fahrzeugen, die Vornahme von Uferbauten und das Fällen von Uferholz sowie das Einlassen zahmer Enten, Gänse und Schwäne. Ebenso wird das Recht am Fischereibetrieb verletzt, wenn an Stellen, die als Winterlager der Fische von der Verwaltungsbehörde erklärt sind, die Eisdecke entfernt oder Schlamm, Sand, Kies, Steine oder Wasserpflanzen entnommen werden (Art. 84 FischG). Der Verpächter, der während der Pachtzeit einen anderen in den verpachteten Fischwassern fischen läßt, verletzt das Recht des Pächters am Fischereibetrieb ebenso wie derjenige, der unbefugt fischt.

Lange war es streitig, ob die Inhaber von Fischereirechten von den Sportvereinen die Beseitigung von Stegen, Bojen und anderen Anlagen fordern können, durch die die Fischzucht und der Fischfang beeinträchtigt werden, und in welchem Umfang sie Entschädigung verlangen können⁸⁵). Das KG⁸⁶) hatte einen Anspruch der Fischer auf Beseitigung der Anlagen nur dann bejaht, wenn die Zahlung einer angemessenen Entschädigung, die einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen gibt, abgelehnt wird. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Denn durch Segelsportvereine, die am Fischwasser Vereinshäuser und davor im Wasser Steganlagen und Bojenfelder zum Festmachen der Jachten haben, wird das Recht am Fischereibetrieb verletzt. Die Beeinträchtigung liegt hier in der nachteiligen Einwirkung auf den Fischbestand und Fischfang, die mit den Steg- und Bojenanlagen verbunden ist⁸⁷). Den Sportvereinen steht kein Recht zur Seite, von den Fischereiberechtigten die Duldung fischereischädigender Anlagen zu verlangen. Eine Duldungspflicht folgt weder aus dem Gemeingebrauch oder der wasserpolizeilichen Genehmigung, noch aus den nach Lage der Sache in Betracht zu ziehenden Rücksichten auf die Belange des Segelsports⁸⁷). Auch § 333 preußWG gewährt den Segelsportvereinen kein Zwangsrecht gegenüber den Fischereiberechtigten, da nach dieser Vorschrift nur vom Eigentümer des Wasserlaufs verlangt werden kann, daß er die Einrichtung von Treppen, Brücken, Bootshäusern, Wascheinrichtungen, Haltepfählen oder ähnlichen Anlagen einfacher Art gegen Entschädigung dulde. Diese Bestimmung gilt also nicht gegenüber den Fischereiberechtigten, die beim Nachweis einer Stö-

⁸³) Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 Anm. 7 zu Art. 77 FischG

⁸⁴) Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 Anm. 4 zu Art. 78 FischG

⁸⁵) Weber, Störungen der Fischerei durch sportliche und gewerbliche Uferanlagen, ZAgr 25, 281; Quiel, Fischerei und Anlagen im Wasserlauf, ZAgr 27, 337; Wüsthoff, Handbuch des Dt. Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 3 zu § 1004 BGB 6 A = S. 68

⁸⁶) KG ZAgr 23, 135

⁸⁷) RG JW 1939, 419 = ZAgr 25, 273

rung einen bedingungslosen Beseitigungsanspruch haben⁹⁸⁾. Zur Geltendmachung des Beseitigungs- oder Schadensersatzanspruches genügt der Nachweis eines Schadens. Es braucht nicht geprüft zu werden, in welchem Umfang die Ausnutzung des Fischereibetriebs, z. B. durch Abgabe von Angelkarten, erfolgt⁹⁹⁾.

5. Das Verhältnis zum Wasserrecht

In den Wassergesetzen der Bundesländer finden sich einzelne Sondervorschriften, die Schadensersatzansprüche der Fischereiberechtigten regeln. Der Schutz des Fischereirechts gegenüber wasserrechtlichen Maßnahmen erfährt insoweit zum Teil eine gewisse Einschränkung, zum Teil wird der Schadensersatzanspruch jedoch auch gegenüber der Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB erweitert⁹⁹⁾.

Für Bayern ist das Verhältnis zwischen Wasserrecht und Fischereiberechtigten in Art. 109 WG geregelt. Danach sind die Fischereiberechtigten vor der Erteilung der Erlaubnis oder Genehmigung zu Anlagen für die Wasserbenutzung an öffentlichen und Privatgewässern, zur Zuführung von Flüssigkeiten oder festen Stoffen in solche Gewässer sowie zu Regulierungsbauten zu hören und ihre Interessen bei der Erteilung der Erlaubnis möglichst zu berücksichtigen. Wird durch die Wasserbenutzungsanlage, die Zuführung oder den Regulierungsbau das Fischereirecht beeinträchtigt, so hat der Unternehmer dem Berechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (Art. 109 Abs. 2 WG). Die gleiche Verpflichtung trifft den Staat und den Bezirk als Unternehmer von Regulierungsbauten. Art. 109 WG hat die Bedeutung, daß der Fischereiberechtigte gegenüber den dort angeführten Maßnahmen keinen Unterlassungsanspruch hat. Vielmehr wird in diesen Fällen der Anspruch des Fischereiberechtigten auf Unterlassung von Störungen in die Verpflichtung umgewandelt, die Störung gegen Entschädigung zu dulden¹⁰⁰⁾. Ein Widerspruchsrecht des Fischereiberechtigten gegen die Erteilung der Erlaubnis ist in Art. 109 WG nicht vorgesehen. Zu den Wasserbenutzungsanlagen, die nach Art. 109 WG das Fischereirecht schadensersatzpflichtig beeinträchtigen, gehören Anlagen im Sinne von Art. 42 WG zur Wasserbenutzung in oder an öffentlichen Gewässern, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellt, insbesondere Triebwerke ohne gespannte Wasserkraft, Wasser-Aus- und -einleitungen, Schöpfwerke, Bade- oder Waschwäuser und dergl. Bei der Erteilung der Erlaubnis ist die Verwaltungsbehörde befugt, dem Unternehmer Bedingungen im Interesse der Fischerei aufzuerlegen, wie die Herstellung von Fischleitern und Fischpässen (Art. 43 Abs. 2 WG)¹⁰¹⁾. Ferner kommen Stauanlagen an einem öffentlichen Gewässer oder Staatsprivatfluß nach Art. 50 ff WG in Betracht. In dem Verfahren über die Genehmigung einer Stauanlage kann die Verwaltungsbehörde die gleichen Bedingungen zugunsten der Fischerei stellen wie bei den anderen Wasserbenutzungsanlagen. Schließlich kann die Errichtung genehmigter Regulierungsbauten zu einer Beeinträchtigung des Fischereirechts führen und dem Fischereiberechtigten einen Schadensersatzanspruch nach Art. 109 Abs. 2 WG gewähren. Die Verletzung des Fischereirechts durch Abwasserverunreinigung wird wegen der besonderen Bedeutung, die dieser Frage in steigendem Maße zukommt, unter Ziff. 6¹⁰²⁾ gesondert behandelt.

Durch Art. 109 WG werden die zwischen der Wasserwirtschaft und dem Fischereirecht bestehenden Beziehungen insoweit erschöpfend geregelt, als der Fischerei-

⁹⁸⁾ Wüsthoff, Handbuch des Dt. Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 3 zu § 1004 BGB 6 A = S. 68

⁹⁹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 9

¹⁰⁰⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 437

¹⁰¹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 12

¹⁰²⁾ Siehe unten S. 144 ff.

berechtigte nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 109 WG ohne Verschulden des Unternehmers gegen diesen bei Verletzung seines Fischereirechts Schadensersatzansprüche erheben kann. Wenn die Wasserbenutzung nicht zu den in Art. 109 WG genannten Arten gehört oder es sich nicht um einen Regulierungsbau handelt, steht dem Fischereiberechtigten kein Schadensersatzanspruch nach Art. 109 Abs. 2 WG zu¹⁰³⁾. Ferner ist zu beachten, daß sich Art. 109 Abs. 2 WG nur auf genehmigte Anlagen oder solche, für die eine Genehmigung nachgesucht ist, bezieht¹⁰⁴⁾. Da die Aufzählung in Art. 109 Abs. 1 WG erschöpfend ist¹⁰⁵⁾, gilt diese Bestimmung nicht für allgemeine Instandhaltungsmaßnahmen¹⁰⁶⁾. Als solche kommen nach Art. 74, 77 WG die Maßnahmen zur Erhaltung des ordnungsmäßigen Zustands des Gewässers (Reinigung und Räumung des Flußschlauches, Freihaltung, Schutz und Unterhaltung der Ufer), ferner Dammbauten und Wildbachverbauungen, soweit sie nicht unter den Begriff der Regulierungsbauten fallen¹⁰⁶⁾, in Betracht. Weiter fallen alle anderen baulichen Maßnahmen der Wasser- und Schiffsverkehrsverwaltung, durch die das Fischereirecht verletzt werden kann, nicht unter Art. 109 WG¹⁰⁷⁾. Jedoch ist auch bei diesen Arbeiten auf die Interessen der Fischereiberechtigten jede nur mögliche Rücksicht zu nehmen¹⁰⁸⁾. Das Interesse der Schiff- und Floßfahrt geht an öffentlichen Gewässern allerdings dem der Fischereiberechtigten vor¹⁰⁹⁾.

Im Verhältnis zu § 823 Abs. 1 BGB ist Art. 109 Abs. 2 WG Spezialvorschrift mit der Wirkung, daß die Schadensersatzpflicht für die dort geregelten Fälle sich aus dieser Bestimmung ergibt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 109 WG kann der Fischereiberechtigte also weder einen Schadensersatz-, noch einen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB erheben, sondern nur Entschädigung gemäß Art. 109 Abs. 2 WG verlangen. Zusammenfassend ergibt sich also folgendes Schema¹¹⁰⁾:

- a) Entschädigung gemäß Art. 109 Abs. 2 WG in den dort genannten Fällen,
- b) Entschädigung der Fischereiberechtigten nach Maßgabe weiterer wasserrechtlicher Normen (Art. 83 Abs. 2 WG),
- c) Entschädigung nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen aus Verschuldenshaftung (§ 823 Abs. 1 BGB) bei den wasserrechtlich nicht geregelten Tatbeständen.

Jedoch ist es streitig, ob der Fischereiberechtigte wegen einer Verletzung seines Rechts durch wasserbauliche Maßnahmen, die nicht unter Art. 109 WG fallen, nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB, also bei Verschulden des Unternehmers, Schadensersatz beanspruchen könne. Nach Bleyer¹¹¹⁾ soll der Eigentümer und nach Art. 9 Abs. 2 FischG auch der Inhaber eines selbständigen Fischereirechts, der durch Maßnahmen der Staatsgewalt, insbesondere durch staatliche

¹⁰³⁾ Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 II. Bd. Vorbem. VIII 24 zu Art. IV = S. 201

¹⁰⁴⁾ Brenner-Fergg, Das bayer. Wassergesetz, 2. Aufl. 1928 Anm. 12 zu Art. 109 WG = S. 283

¹⁰⁵⁾ Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 II. Bd. Anm. 1 d zu Art. 109 WG

¹⁰⁶⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 9 zu Art. 109 WG

¹⁰⁷⁾ Vgl. dazu: Richtlinien zur Erhaltung der Binnenfischerei an den Bundeswasserstraßen (1955), im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten v. 24. 8. 1955 (VKBl. S. 469)

¹⁰⁸⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 9 zu Art. 109 WG; Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 14

¹⁰⁹⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 11 zu Art. 109 WG

¹¹⁰⁾ Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. 3 c = Rn. 46 zu Art. 109 WG

¹¹¹⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 8, 14/15

Konzessionen, von der Verfolgung seines vollen negatorischen Anspruchs ausgeschlossen wird, gegen den Störer einen Anspruch auf Ersatz des durch die zu duldende Störung verursachten Schadens auch dann haben, wenn den Störer kein Verschulden trifft. Die Entschädigung des Fischereiberechtigten ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Störers könne auch dann ein durch Billigkeitsgründe gerechtfertigtes Bedürfnis sein, wenn der Schaden nicht gerade durch Regulierungsbauten oder andere in Art. 109 WG aufgeführte Maßnahmen verursacht wurde¹¹²⁾. Dies steht mit Recht im Widerspruch zur herrschenden Lehre¹¹³⁾. Denn in Art. 109 WG wird durch erschöpfende Aufzählung der Fälle, in denen der Fischereiberechtigte wegen Beeinträchtigung seines Rechts auch ohne Verschulden Schadensersatz verlangen kann, diese Art der Entschädigungsansprüche des Fischereiberechtigten abschließend geregelt. Für diejenigen Tatbestände, durch die der Fischereiberechtigte in seinem Recht verletzt wird, die aber nicht unter Art. 109 WG fallen, kann er nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen. Hierher gehören also Schädigungen durch nicht genehmigte Anlagen¹¹⁴⁾ sowie Uferschutz-, Damm- und andere Bauten, die in Art. 109 WG nicht aufgeführt sind. In diesen Fällen müssen für einen Schadensersatzanspruch des Fischereiberechtigten sämtliche Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB vorliegen.

Bei Zuwiderhandlungen gegen wasserrechtliche Vorschriften, die einen Eingriff in das Fischereirecht bedeuten, wird stets eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vorliegen. Handelt es sich um die Vornahme einer erlaubten Handlung oder ist die dazu erforderliche Genehmigung von der zuständigen Verwaltungsbehörde erteilt, kann der Fischereiberechtigte nicht schon aus der Tatsache der Beeinträchtigung seines Rechts einen Schadensersatzanspruch ableiten. Er muß vielmehr nachweisen, daß das Verhalten des Schädigers aus besonderen Gründen widerrechtlich und schuldhaft war (§ 823 Abs. 1 BGB)¹¹⁵⁾. Bauliche Maßnahmen an Fischwassern, die eine Beeinträchtigung des Fischereirechts zur Folge haben, wie Dammbauten, Uferschutzarbeiten und Brückenbauten, lösen nur dann eine Schadensersatzpflicht des Unternehmers aus, wenn dieser die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht beobachtet hat. Das gleiche gilt für eine Verletzung des Fischereirechts durch Handlungen, die unter den Begriff des Gemeingebrauchs (Art. 26 WG) fallen, der nach Art. 27 WG nur in der Weise ausgeübt werden darf, daß dadurch die besonderen Rechte Dritter, zu denen auch die Fischereirechte gehören, nicht gefährdet oder ausgeschlossen werden¹¹⁶⁾. Schädigungen des Fischereiberechtigten durch den Schiffahrtsbetrieb verpflichten ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz¹¹⁷⁾.

Schließlich ist zu beachten, daß Beeinträchtigungen des Fischereirechts durch den Staat auch bei schuldlosen Handlungen zu einem Aufopferungsanspruch gemäß §§ 74, 75 Einl.AL.R führen können, wenn der Fischereiberechtigte seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Besten aufzuopfern genötigt wird.

¹¹²⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 15

¹¹³⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 9 zu Art. 109 WG; Ey mann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 II. Bd. Vorbem. 24 zu Abt. IV = S. 201 u. Anm. 1 d zu Art. 109 WG = S. 208; Brenner-Fergg, Das bayer. Wassergesetz, 2. Aufl. 1928 Anm. 12 zu Art. 109 WG = S. 283; Riederer-Sieder, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. 3 c = Rn. 46 zu Art. 109 WG

¹¹⁴⁾ Brenner-Fergg, Das bayer. Wassergesetz, 2. Aufl. 1928 Anm. 12 zu Art. 109 WG = S. 283

¹¹⁵⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 9

¹¹⁶⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 10 zu Art. 109 WG

¹¹⁷⁾ Harster-Cassimir, Kommentar zum Bayer. Wassergesetz, 1908 Anm. 11 zu Art. 109 WG

6. Die Verletzung des Fischereirechts durch Abwässerverunreinigung

Besonders häufig sind die Fälle, in denen das Fischereirecht durch Einleitung schädlicher Abwässer in Flüsse, Bäche und Seen verletzt wird. Bei Verunreinigung der Gewässer durch Zuführung schädlicher Flüssigkeiten oder fester Stoffe sind die Fischereiberechtigten, insbesondere die Berufs- und Sportfischer, zuerst betroffen¹¹⁸⁾. Allein im letzten Vierteljahr 1951 sind in allen Teilen der Bundesrepublik 22 größere Fischsterben vorgekommen, die durch ungenügend gereinigte Abwässer verursacht waren¹¹⁹⁾. Daher sind die mit der Abwässerverunreinigung verbundenen Rechtsfragen immer mehr in den Vordergrund getreten. Die Fischsterben haben in den verschiedensten Gegenden Deutschlands Zivilprozesse ausgelöst¹²⁰⁾.

Die Einleitung von Flüssigkeiten und festen Stoffen in Gewässer ist in den Wassergesetzen der einzelnen Bundesländer eingehend geregelt. Nach § 23 Abs. 1 S. 1 preußWG hat derjenige, der Wasser oder andere flüssige Stoffe über den Gemeingebrauch hinaus in einen Wasserlauf einleiten will, dies vorher der Wasserpolizeibehörde anzuzeigen. Ist diese der Ansicht, daß der beabsichtigten Einleitung polizeiliche Rücksichten oder die Beschränkungen des § 41 preußWG entgegenstehen, so hat sie die Einleitung unter Angabe der Gründe zu untersagen. Anderenfalls hat sie dem Anzeigenden mitzuteilen, daß von Polizei wegen keine Bedenken gegen die Einleitung zu erheben seien, und dieses in ortsüblicher Weise bekanntzumachen. Für den Schaden, der durch die unerlaubte Verunreinigung eines Wasserlaufs entsteht, haftet, selbst wenn sie nach § 23 preußWG nicht beanstandet ist, gemäß § 24 Abs. 1 preußWG der Unternehmer der Anlage, von der die Verunreinigung herrührt. Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Unternehmer zur Verhütung der Verunreinigung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Damit wollte das preußWG dem Geschädigten neben der Haftungsregelung des BGB eine besondere Hilfsstellung geben. Es wird eine selbständige Haftung für den Unternehmer der betreffenden Anlage begründet und erklärt, daß die Haftung nur bei Verschulden eintrete¹²¹⁾. Praktisch bedeutet diese Bestimmung eine Umkehrung der Beweislast. Beim Nachweis der Kausalität zwischen Abwassereinleitung und Schaden besteht eine gesetzliche Vermutung für das Verschulden des Schädigers¹²²⁾. Die Vermutung kann aber durch Gegenbeweis des Unternehmers entkräftet werden¹²³⁾. Letztlich haftete der Unternehmer einer solchen Anlage also doch nur bei Vorliegen eines Verschuldens, so daß vom Verschuldensprinzip des BGB nicht abgegangen wurde¹²⁴⁾. § 24 preußWG setzte voraus, daß ein Unternehmer und eine Anlage vorhanden sind und daß die Verunreinigung von dieser Anlage herrührt. Dabei wurde der Begriff der Anlage im weitesten Sinne verstanden¹²⁵⁾. War aber überhaupt keine Anlage vorhanden, dann griff § 24 preußWG nicht Platz, da es an dem Unternehmer einer Anlage fehlte¹²⁶⁾. Auf jeden Fall muß der Gemeingebrauch die Grenzen der Gemeinverträglichkeit wahren und die Möglichkeit, ihn auszuüben, ihre Grenze an dem privatrechtlich geschützten Rechts-

¹¹⁸⁾ Quirll, Rechtsprechung in Abwasser- und Fischereisachen, RdL 1955, 289 (290)

¹¹⁹⁾ Rundschreiben des Verbandes Deutscher Sportfischer e.V. vom Januar 1952

¹²⁰⁾ Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419; Quirll, Rechtsprechung in Abwasser- und Fischereisachen, RdL 1955, 289; 1956, 38, 124, 320

¹²¹⁾ Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (420)

¹²²⁾ Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678

¹²³⁾ Wiedemann, Betriebsschädigung durch fremde Abwässer, BB 1950, 180

¹²⁴⁾ Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678

¹²⁵⁾ Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das Preuß. Wassergesetz, unveränd. Nachdruck der 3. u. 4. Aufl. 1955 1. Bd. Anm. 6 zu § 24 preußWG

kreis jedes anderen finden¹²⁶⁾). Nach § 41 Ziff. 1 preußWG darf durch die Benutzung das Wasser nicht zum Nachteil anderer verunreinigt werden, ein Verbot, das namentlich der Fischerei zugute kommt¹²⁷⁾). Auch für den Unternehmer, dem ein nach § 379 preußWG aufrechterhaltenes Recht zustand, war eine Verunreinigung des Wassers, die über das Gemeinübliche hinausging, unzulässig. Im Sinne dieser Bestimmung wurde die Einleitung städtischer Kanalisationsabwässer mittels Sammelleitungen grundsätzlich als gemeinüblich angesehen, wenn sie nach ausreichender Reinigung und Klärung erfolgte. Eine Einleitung überstieg das Maß des Gemeinüblichen, wenn dadurch anderen Berechtigten die Benutzung des Wasserlaufs für ihre erlaubten Zwecke unmöglich gemacht wurde, insbesondere, wenn das Wasser zum Nachteil anderer, auch zuungunsten der Fischerei, verunreinigt wurde¹²⁸⁾). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 24 preußWG wurde betont, daß die Verhütung der Verschmutzung von Wasserläufen durch ungereinigte Abwässer eine der vordringlichsten Aufgaben der Gemeinde sei, denen sich diese in aller Regel nicht durch den Hinweis auf zu hohe Kosten entziehen könne¹²⁹⁾.

Eine weitere landesgesetzliche Regelung ist in Art. 37 WG enthalten. Danach dürfen öffentlichen Gewässern, Privatflüssen und Bächen sowie solchen geschlossenen Gewässern, an denen ein anderer mitberechtigt oder in denen ein anderer fischereiberechtigt ist, Flüssigkeiten oder andere nicht feste Stoffe, die eine schädliche Veränderung der Eigenschaften des Wassers zur Folge haben, nur mit Erlaubnis der Verwaltungsbehörde zugeführt werden. Nach Art. 37 Abs. 5 WG ist der Unternehmer der Zuführung zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der anderen an dem Wasser Berechtigten durch die Zuführung entsteht. Diese Bestimmung setzt also kein Verschulden des Zuführenden voraus¹³⁰⁾. Da sich Art. 37 WG in den Abs. 1 bis 4 mit der Erteilung der Erlaubnis für Abwasserzuführungen befaßt, gilt die in Art. 37 Abs. 5 WG normierte Schadensersatzpflicht des Unternehmers nur für solche Abwasserzuführungen, die im Rahmen einer erteilten Erlaubnis vorgenommen werden¹³¹⁾. Für Beeinträchtigungen des Fischereirechts gilt jedoch Art. 109 WG anstelle von Art. 37 Abs. 5 WG, da die erstere Vorschrift Spezialbestimmung für den Schutz der Fischereiberechtigten ist¹³¹⁾. Der Einbringung von festen Stoffen, welche die Eigenschaften des Wassers in schädlicher Weise verändern oder auf den Wasserabfluß und Wasserstand nachteilig einwirken, insbesondere das Einwerfen von Schutt, Unrat, Tierleichen sowie das Einlegen von Flachs und Hanf in Gewässer, ist nach Art. 38 WG verboten.

Diese beiden landesrechtlichen Sonderbestimmungen, die von den reichsgesetzlichen Vorschriften über die unerlaubten Handlungen abweichen, beruhen auf Art. 65 EGBGB, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrecht angehören, unberührt bleiben¹³²⁾. Hinsichtlich der von ihnen erfaßten Fälle gingen beide Vorschriften als Sonderregelung dem § 823 Abs. 1 BGB vor¹³³⁾. Jedoch wurde die Haftung wegen Verletzung des Fischereirechts durch Abwasser-
verunreinigung in diesen beiden Sondertatbeständen nicht erschöpfend geregelt. Insbesondere hafteten diejenigen, die nicht Unternehmer einer Anlage waren, nicht

¹²⁶⁾ ForsthoFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allgemeiner Teil 7. Aufl. 1958 S. 325; Moog, NJW 1959, 2218

¹²⁷⁾ Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das Preuß. Wassergesetz, unveränd. Nachdruck der 3. u. 4. Aufl. 1955 I. Bd. Anm. 4 zu § 41 preußWG

¹²⁸⁾ OLG Celle RdL 1953, 162 = WuB 1953, 277 = BB 1953, 841 = Städtehyg 1953, 304

¹²⁹⁾ BGH RdL 1958, 105; Moog, NJW 1959, 2218

¹³⁰⁾ Somogyvar, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678

¹³¹⁾ Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. VI 3 Rn. 45 zu Art. 37 WG

¹³²⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772

¹³³⁾ Somogyvar, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678; OLG Frankfurt NJW 1959, 2218

nach § 24 preußWG; in gleicher Weise erfaßte die Haftung für Schädigungen des Fischereirechts nach Art. 37, 109 Abs. 2 WG nicht solche Zuführungen, die ohne Erlaubnis oder unter Überschreitung der in der Erlaubnis festgesetzten Auflagen erfolgten¹³⁴⁾.

In allen Fällen, die nicht durch die bayerische oder preußische Sonderregelung erfaßt wurden, sowie in allen anderen Bundesländern richteten sich die Schadensersatzansprüche des Fischereiberechtigten wegen Verletzung seines Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB. Dabei konnte entweder ein Eingriff in das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten vorliegen, wenn die Fische durch die Abwasserverunreinigung unmittelbar getötet oder beschädigt waren, oder eine Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb, wenn die Fischereigewässer durch schädliche Stoffe in der Weise verunreinigt wurden, daß die Wassertiere verschucht wurden und sich keine neuen ansiedelten¹³⁵⁾. Sobald kein Fall der landesgesetzlichen Sonderregelung gegeben ist, hat der betroffene Fischereiberechtigte unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung¹³⁶⁾.

Voraussetzung für die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist ein Eingriff in das Fischereirecht des Berechtigten. Es müssen also entweder die Fische selbst getötet oder verletzt werden oder aus den Fischwassern des Rechtsinhabers fliehen. Zur Beurteilung dieser Frage sind weitgehend naturwissenschaftlich-biologische Gutachten heranzuziehen¹³⁷⁾. Kein Fisch würde in einem für ihn lebensbedrohlichen Abwasser längere Zeit verweilen, wenn er die Gelegenheit zur Flucht hätte. Die Schädigung der Fischerei beginnt dort, wo der Fisch aus der gefährdeten Strecke flieht¹³⁷⁾. Er wird stets einem unbekannten Reiz, zumal wenn er sich durch ihn behindert fühlt, zu entinnen suchen. Daraus folgt, daß eine den wirklichen Verhältnissen gerecht werdende Methode die Belastung der Fische in demselben Augenblick erkennen muß, in dem der Fisch sie merkt und fliehen würde¹³⁷⁾. Insofern verdient die Fischerei hinsichtlich der Reinhaltung der Gewässer besondere Bedeutung, zumal sie von den Abwasserschäden zuerst betroffen wird und bei entsprechendem Vorgehen gegen die Abwassersünder dann noch Schädigungen für die Menschen abgewendet werden können¹³⁸⁾. Zur Feststellung der Behinderungs- oder Störungsschwelle für Fische reichen äußerlich sichtbare Merkmale nicht immer aus. Die Störungsschwelle ist dann erreicht, wenn die Belastung, bei der Abwasserverunreinigung also die Konzentration eines Giftes, so groß ist, daß die Regulationsorganismen des Fisches die vollständige Kompensation des Schadens nicht mehr bewältigen können, so daß die längere Einwirkung dieser Konzentration oder ihre Erhöhung zu einer Schädigung des Organismus führt, wodurch die Fische zugrunde gehen¹³⁹⁾. Häufig kommen Verluste durch Verätzungen der Kiemen an den Fischen vor, die durch schädliche Stoffe verursacht werden¹⁴⁰⁾. Fische und Fischnährtiere gleicher Art können verschieden widerstandsfähig gegen Abwässer sein. Entscheidend ist in jedem Fall das empfindlichste Tier, das den niedrigsten Schwellenwert zeigt; denn die Schädigung der Wasserlebewelt be-

¹³⁴⁾ Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678

¹³⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 II 1 = S. 294

¹³⁶⁾ Bleyer, Das bayer. Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925 S. 11

¹³⁷⁾ Denzer, Merkblatt über die Schädigung der Fischerei durch Abwässer, I. Schwellenwerte für Fische und Fischnährtiere, herausgegeben von der Landesanstalt für Fischerei Nordrhein-Westfalen, 1959

¹³⁸⁾ Quirll, Rechtsprechung in Abwasser- und Fischereisachen, RdL 1955, 289 (290)

¹³⁹⁾ Denzer, Merkblatt über die Schädigung der Fischerei durch Abwässer, I. Schwellenwerte für Fische und Fischnährtiere, herausgegeben von der Landesanstalt für Fischerei Nordrhein-Westfalen, 1959 S. 11

¹⁴⁰⁾ LG Rottweil RdL 1955, 290

ginnt da, wo die Störungsschwelle für das empfindlichste Tier überschritten wird ¹⁴¹⁾.

Für die Schädigung des Fischereirechts durch Gewässerverschmutzung kommen hauptsächlich kommunale, industrielle und landwirtschaftliche Abwässer in Betracht ¹⁴²⁾. Kommunale Abwässer ¹⁴³⁾, durch die das Fischereirecht verletzt werden kann, sind zunächst nicht genügend gereinigte Abwässer aus städtischen Kläranlagen ¹⁴⁴⁾. Die Einleitung von Kanalisationsabwässern liegt nur dann im Rahmen des Gemeinüblichen, wenn die Abwässer vorher ausreichend gereinigt und geklärt werden ¹⁴⁵⁾. Wenn die Kläranlagen der Gemeinden mangelhaft sind, gelangen die braun gefärbten, ungewöhnlich salzreichen, ammoniakhaltigen, faulfähigen Abwässer mit enormem Sauerstoffbedarf in die Fischwasser. In jedem Fall muß die Klärwirkung und die Unterhaltung der Kläranlage ausreichend sein ¹⁴⁶⁾. Ebenso häufig wird das Fischereirecht durch ammoniakhaltige Abwässer von Gasanstalten verletzt ¹⁴⁶⁾. Neben schädlichen Ammoniakwassern kann bei Gasanstalten auch durch Auslaufen von Teeröl ein Fischsterben verursacht werden, wenn es vom Tankkeller der Gasanstalt in einen Kanal, der in das Fischwasser mündet, eingeleitet wird ¹⁴⁷⁾. Ferner sind Abwässer aus Krankenhäusern wegen ihres starken Lysolgehaltes für die Fischerei schädlich ¹⁴⁸⁾.

Schädliche Abwässer, die zu Fischsterben führen, können aus den verschiedensten Industrie- und Gewerbebetrieben stammen. Für die Fischerei gefährlich sind die Abwässer der chemischen und pharmazeutischen Industrie, der Düngemittelindustrie, Haldenabwässer, Benzin aus Tankstellen, Autowäschereien, Kraftfahrparks, Bleiabwässer der Bleiverhüttung, Abwässer aus Farb-, Textil- und Zellstofffabriken, aus Molkereien, Gerbereien, Eisen- und Kupferhütten (Schwermetallindustrie), Abwässer aus Wäschereien (Waschmittel), Heizölanlagen, der Braun- und Steinkohlenindustrie sowie alle Desinfektionsabwässer ¹⁴⁹⁾. In einigen Fällen hatte sich auch die Rechtsprechung mit der Verletzung des Fischereirechts durch Abwässer bestimmter Industriebetriebe zu beschäftigen. Die Einleitung giftiger Abwässer und anderer schädlicher Flüssigkeiten der Edelmetallindustrie (Silberbesteckfabrik) in öffentliche Gewässer kann zu Fischsterben führen, da in diesen Fabriken Schwefel-, Salpeter-, Salzsäure, Quecksilber und Zyankali verwendet werden, Stoffe und Gifte, die für Mensch und Tier gefährlich sind ¹⁵⁰⁾. Besonders ist die Schädlichkeit der Blausäure und Kupfersalze für Fische bekannt. Zyankali kann noch in einer Verdünnung von 0,5 mg auf 1 Liter eine tödliche Wirkung auf Forellen haben ¹⁵⁰⁾. Zahlreich sind die Fälle, in denen durch Abwässer aus Zuckerfabriken (Milchsäure) Fischsterben verursacht wurden ¹⁵¹⁾. Ferner können auch aus

¹⁴¹⁾ Denzer, Merkblatt über die Schädigung der Fischerei durch Abwässer, I. Schwellenwerte für Fische und Fischnährtiere, herausgegeben von der Landesanstalt für Fischerei Nordrhein-Westfalen, 1959 S. 17

¹⁴²⁾ Wüsthoff, Das Problem der Gewässerverschmutzung durch kommunale und industrielle Abwässer, RdL 1951, 1; Grevemeyer, Die Einleitung von Abwässern in die öffentlichen Wasserläufe, RdL 1951, 4

¹⁴³⁾ ME über Begutachtung von Abwasseranlagen der Gemeinden v. 17. 6. 1909 (BayBSVJ I S. 25)

¹⁴⁴⁾ AG Münster RdL 1956, 321; LG Freiburg RdL 1956, 324; OLG Frankfurt NJW 1959, 2218

¹⁴⁵⁾ OLG Frankfurt NJW 1959, 2218

¹⁴⁶⁾ OLG Karlsruhe 38, 133; OLG Tübingen RdL 1955, 289; LG Rottweil RdL 1955, 290

¹⁴⁷⁾ RG LZ 1920, 159

¹⁴⁸⁾ ME über Richtlinien vom Jahre 1956 für die Behandlung von Abwässern aus Krankenhäusern v. 3. 2. 1956 (BayBSVJ II S. 535)

¹⁴⁹⁾ Denzer, Merkblatt über die Schädigung der Fischerei durch Abwässer, I. Schwellenwerte für Fische und Fischnährtiere, herausgegeben von der Landesanstalt für Fischerei Nordrhein-Westfalen, 1959 S. 26 ff

¹⁵⁰⁾ RG HRR 1935 Nr. 171

¹⁵¹⁾ RG JW 1915, 1428 = WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299; LG Hildesheim RdL 1955, 292; OLG Nürnberg 1956, 126

Galvanisierbetrieben und Akkumulatorenfabriken schädliche Abwässer abgeleitet werden, die zu einer Verletzung des Fischereirechts führen¹⁵³). Diese Betriebe arbeiten mit Zinkbädern und Säuren, die bei unverdünnter Einleitung in die Fischwasser zu einem Fischsterben führen. Durch die Einleitung der Abwässer aus einem Gewerbebetrieb kann auch eine Verschlammung und dadurch ein Absterben der Fische in den Gewässern verursacht werden¹⁵³).

Auch die Einleitung landwirtschaftlicher Abwässer kann im Fischbestand eines Baches Schäden verursachen. So wird das Fischereirecht durch Zuführung von natürlichem oder künstlichem Dünger in Gewässer verletzt¹⁵⁴). Besonders schädlich für die Fischerei sind Spritzmittel gegen Acker- und Wiesenunkräuter (Dikofag) sowie Schädlingsbekämpfungsmittel (E 605). Wer ein Faß mit Resten von Spritzmitteln in der Nähe eines Bachlaufes säubert und den Flüssigkeitsrest in das Gewässer einleitet, verletzt das Fischereirecht¹⁵⁵).

In gleicher Weise kann in der Einbringung von festen Stoffen, insbesondere von Schutt, Unrat oder Tierleichen, ein Eingriff in das Fischereirecht liegen (Art. 38 WG). Mitunter werden zusammen mit Abwässern auch feste Stoffe (z. B. Rübenabfälle aus Zuckerfabriken) in die Fischwasser gebracht¹⁵⁶). Die Durchführung der Fischerei wird dadurch erheblich erschwert, weil durch die Einleitung von festen Stoffen die Netze beschwert werden und niedersinken, so daß die Fangergebnisse geringer sind, als sie ohne diese Behinderung hätten sein können¹⁵⁸). Ein Kolonialwarenhändler oder andere Personen, die Einheitsseife und Scheuerpulver in einen Bach oder an das Ufer eines Gewässers in der Weise werfen, daß es hineinrutschen kann, verletzen das Aneignungsrecht des Fischereiberechtigten, wenn dadurch eine bestimmte Anzahl Fische verendet¹⁵⁷). Ebenso kann das Fischereirecht verletzt werden, wenn bei der Anfuhr ungelöschten Kalks in eine Kalkgrube am Bachlauf der Wagen umstürzt und Kalk in das Fischwasser gerät¹⁵⁸). Ein Bauer oder Gärtner, der einen Eimer mit Kunstdünger in einen Bach fallen läßt, verletzt das Fischereirecht ebenfalls¹⁵⁹).

Voraussetzung für eine Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung des Fischereirechts durch Einleitung von Abwässern ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Zuführung der giftigen Abwässer und dem Fischsterben bzw. der Vertreibung der Fische. Dabei dürfen an die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Betrieb der Abwässereinleitungsanlage und dem Schaden nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden¹⁶⁰). Insbesondere kommt es bei der Prüfung der Frage der Schadensverursachung auch nicht darauf an, ob die Abwässer einer bestimmten Fabrik allein für den Schaden verantwortlich sind. Es genügt vielmehr die Feststellung, daß ohne die Abwässereinleitung der Schaden nicht eingetreten wäre¹⁶¹). Unerheblich ist es, ob die Abwässer die einzige Ursache für das Fischsterben bzw. die Fischereibehinderung sind oder ob sie nur eine Mitursache neben der Behinderung durch Pilze aus anderen Industrieabwässern sind; denn alle Bedingungen, die in irgendeiner wesentlichen Weise bei dem Eintreten des schädigenden Erfolges mitgewirkt haben, sind im Rechtssinne als Ursachen für diesen Erfolg anzusehen¹⁶²). Auch wenn für ein Fischsterben andere Ursachen, wie

¹⁵³) OLG Stuttgart VersR 1957, 34

¹⁵⁴) RG Recht 1911 Nr. 2879

¹⁵⁴) Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678 (681)

¹⁵⁵) LG Hechingen RdL 1956, 323

¹⁵⁶) OLG Nürnberg RdL 1956, 126

¹⁵⁷) LG Waldshut RdL 1956, 41

¹⁵⁸) LG Bonn RdL 1956, 125

¹⁵⁹) Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678 (681)

¹⁶⁰) RG HRR 1935 Nr. 171

¹⁶¹) LG Rottweil RdL 1955, 290

¹⁶²) OLG Nürnberg RdL 1956, 126

die biologische Schwächung der Fische durch Niedrigwasser, mitgewirkt haben, haftet der Abwassereinleiter, wenn nur ein adaequater Zusammenhang zwischen Abwassereinleitung und Schaden besteht¹⁶³). Häufig wird in den Oberlauf eines Flusses eine Reihe von Abwässern eingeleitet, deren Zuführung erlaubt oder die in ihrer Gesamtwirkung unschädlich sind. Weiter unterhalb kommt dann ein weiterer Verunreiniger hinzu, dessen Abwässer ebenfalls unschädlich wären, wenn der Fluß nicht bereits vorbelastet wäre¹⁶⁴). Infolge dieser Vorbelastung treten durch die Gesamtwirkung aller Abwässer nunmehr Sauerstoffzehrungen, Schlammbildungen, Pilztreiben und alle jene schädlichen Einwirkungen im Fluß auf, die zu Fischsterben und Verschlammung von Fischernetzen führen¹⁶⁴). Jeder Abwassereinleiter setzt in diesem Fall eine Ursache und ist für den ganzen Schaden verantwortlich. Auf die geringere oder größere Verursachung kommt es dabei nicht an¹⁶⁵). Der Geschädigte muß den Nachweis führen, daß jeder der zahlreichen Abwässer einleitenden Betriebe eines Flusses eine Ursache gesetzt hat¹⁶⁶). Durch Sachverständigengutachten muß also festgestellt werden, ob die eingeleiteten Abwässer geeignet waren, allein oder zusammen mit anderen schädlichen Stoffen das Fischsterben hervorzurufen. Der ursächliche Zusammenhang fehlt dann, wenn festgestellt wird, daß auch ohne die Einleitung der Abwässer genau so viele Fische gestorben wären und der Schaden in gleicher Art und Weise entstanden wäre¹⁶⁷). Durch Einleitung einer Flüssigkeit, die allein und auch in Zusammenwirkung mit anderen Abwässern für die Fische überhaupt nicht schädlich sein kann, wird keine Ursache für das Fischsterben gesetzt. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn einzelne Unternehmer Rechte zur Abwassereinleitung haben und deshalb aus der Haftung ausscheiden. Dabei kann es sich sowohl um aufrechterhaltene ältere Rechte handeln als auch um Rechte, die nach den Wassergesetzen verliehen sind. Eine solche Einleitung ist dann nicht unerlaubt und damit nicht widerrechtlich im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB¹⁶⁸). Die anderen Betriebe sind nach § 830 Abs. 1 BGB jeder für den ganzen Schaden verantwortlich. Ein Unternehmer, der Abwässer eingeleitet hat, scheidet nur dann aus der Haftung aus, wenn er den ihm nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB obliegenden Beweis erbracht hat, daß die von ihm zugeführten Flüssigkeiten keinesfalls als Schadensursache mitgewirkt haben können¹⁶⁹).

Weitere Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1 BGB ist ein Verschulden desjenigen, der die festen oder flüssigen Stoffe dem Fischwasser zugeführt hat. Er muß mindestens fahrlässig gehandelt, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen haben (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB). Nach allgemeiner gesunder Verkehrsanschauung, die hier Maßstab ist¹⁷⁰), muß jedermann wissen, daß Gewässer durch Verunreinigung mit chemischen Mitteln verändert werden und Schaden für die darin befindlichen Tiere entstehen kann. Es ist voraussehbar, daß der Fischereiberechtigte dadurch in seinem Aneignungsrecht geschädigt werden könnte¹⁷¹). Insbesondere muß ein Baumspritzwart wissen, daß man übelriechende schädliche Flüssigkeiten nicht in einen öffentlichen Bach schütten darf¹⁷²). Das Verschulden des Inhabers eines Unternehmens, das schädliche Abwässer ableitet, entfällt nicht dadurch, daß dieser keine chemischen und fisch-

¹⁶³) LG Itzehoe RdL 1955, 292

¹⁶⁴) Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (421)

¹⁶⁵) RG ZAgr. 19, 149/152

¹⁶⁶) Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (421)

¹⁶⁷) OLG Stuttgart VersR 1957, 34

¹⁶⁸) Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (421)

¹⁶⁹) LG Rottweil RdL 1955, 290

¹⁷⁰) Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 823 BGB

¹⁷¹) LG Waldshut RdL 1956, 41

¹⁷²) LG Hechingen RdL 1956, 323

biologischen Kenntnisse besessen hat¹⁷³). Wer ein Unternehmen, mit dem ganz besondere Gefahren verbunden sind, ohne behördliche Genehmigung betreibt, kann sich nicht darauf berufen, daß er als Laie keine Kenntnis von dem Umfang der Gefahren gehabt habe¹⁷³). Denn durch die polizeiliche Genehmigung soll der Gefahr gerade vorgebeugt werden. Wer ein mit Gift gefülltes Faß, dessen Lagerung auf seinem Grundstück er als Gefälligkeit geduldet hat, verlagert, handelt nicht schuldhaft, wenn dadurch eine größere Menge des Giftstoffes in den Wasserlauf gelangt und ein Fischsterben hervorruft. Ersatzpflichtig ist vielmehr der Einlagerer, der schuldhaft gehandelt hat, weil er sich um eine gefahrlose Unterbringung seines Eigentums nicht gekümmert hat¹⁷⁴). Andere Probleme ergeben sich beim Nachweis des Verschuldens bei Stadtgemeinden und anderen juristischen Personen. Ein Verschulden liegt in diesen Fällen vor, wenn der schädigende Erfolg durch die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der juristischen Person vorzusehen war (§§ 30, 31, 89 BGB). Es ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn sie von der tatsächlichen Zuführung der schädlichen Stoffe in die Fischereigewässer keine Kenntnis haben konnten¹⁷⁵). Insbesondere handelt eine Stadtgemeinde dann fahrlässig, wenn die Kläranlage mangelhaft oder zur Klärung der Abwässer überhaupt ungeeignet ist. Aber auch die Industriebetriebe trifft ein Verschulden, wenn sie sich nicht um die ausreichende Klärung ihrer Abwässer in eigenen oder städtischen Kläranlagen kümmern¹⁷⁶). Sie müssen sich sagen, daß die Zuführung mangelhaft geklärter Abwässer sich auf den Fischbestand eines Wasserlaufs unheilvoll auswirkt. Ebenso kann die verfassungsmäßig berufenen Vertreter bei der Unterhaltung der Kläranlagen ein Verschulden treffen, wenn diese nachlässig ist¹⁷⁷). Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht für die Bereitstellung von Fässern oder anderen Behältern oder für die Anlegung einer Sammelgrube zur Aufnahme der Abwässer oder für entsprechende Maßnahmen im Falle der Überfüllung der Grube gesorgt ist¹⁷⁸). Außerdem kann das Verschulden in einer Verletzung der Aufsichtspflicht liegen. Dazu ist Voraussetzung, daß der Schaden bei ordnungsmäßiger Aufsicht vermieden worden wäre. Stadtgemeinden und Industriebetriebe haben ihre Arbeiter dahingehend zu unterweisen, daß ein Abführen ungeklärter giftiger Abwässer in Gewässer unter allen Umständen zu vermeiden ist¹⁷⁹). Von einem Verschulden kann aber nur dann die Rede sein, wenn mit einem ordnungswidrigen Verhalten der Arbeiter gerechnet werden muß und keine entsprechenden Gegenmaßnahmen getroffen werden.

Der Schädiger kann sich nicht auf ein Mitverschulden des Geschädigten im Sinne von § 254 BGB berufen, wenn dieser aus einem Bach unerlaubterweise Wasser in seine Fischwasser abgeleitet hat, da er nicht damit zu rechnen brauchte, daß in den Bach, aus dem seine Fischteiche gespeist werden, derart gefährliche Mengen von Abwässern zugeleitet werden, daß sie zu einem Fischsterben führen¹⁸⁰).

Für eine schuldhafte Verletzung des Fischereirechts durch Abwässerunreinigung können mehrere verantwortlich sein. Zunächst können die eigentlichen Täter Betriebsbeamte, Angestellte oder Arbeiter sein, für deren Handlungen auch der Unternehmer haftet, wenn er seine Leute nicht sorgfältig ausgewählt hat¹⁸¹). Wenn ein Ingenieur, der von seiner Firma mit Montagearbeiten in einem Galvani-

¹⁷³) RG HRR 1935 Nr. 171

¹⁷⁴) OLG Koblenz RdL 1956, 43

¹⁷⁵) RG LZ 1920, 159

¹⁷⁶) OLG Frankfurt NJW 1959, 2218 (2219)

¹⁷⁷) OLG Frankfurt NJW 1959, 2218 (2219)

¹⁷⁸) OLG Karlsruhe 38, 133

¹⁷⁹) RG LZ 1920, 159

¹⁸⁰) OLG Tübingen RdL 1955, 289

¹⁸¹) Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (422)

sierbetrieb beauftragt ist, den Inhalt eines Schwenktroges, von dem ihm gesagt wird, daß er Wasser enthält, in ein Gewässer gießt, obwohl sich Schwefelsäure darin befindet, handelt er nicht schuldhaft¹⁸²⁾. Unter solchen Umständen wäre es eine Überspannung der Sorgfaltspflicht, wenn man von dem Ingenieur hätte verlangen wollen, daß er sich genau davon überzeuge, ob die Flüssigkeit zweifelsfrei ungefährlich war. Es kann in einem solchen Fall auch die Nichterfüllung einer Rechtspflicht vorliegen, wenn jemand andere nicht davon abgehalten hat, gefährliche Flüssigkeiten in ein Gewässer zu schütten¹⁸²⁾. Sind mehrere für einen Schaden, der durch unerlaubte Handlung entstanden ist, verantwortlich, so kann der Geschädigte einen von ihnen herausgreifen und Ersatz des vollen Schadens verlangen. Untereinander haften sie zu gleichen Anteilen (§§ 840, 426 BGB). Jedoch sind die eigentlichen Täter im Verhältnis zu dem auch verantwortlichen Dienstherrn oder Aufsichtspflichtigen im Sinne der §§ 831, 832 BGB allein zum Schadensersatz verpflichtet. Wenn sich aber z. B. der Leiter eines Betriebes mit mehreren Arbeitern zusammentut, um nachts unerlaubt Abwässer abzulassen, oder wenn mehrere Betriebe, die in einer Hand sind oder räumlich nebeneinander liegen, verbotene Abwässer einlassen, so liegt eine schuldhafte Beteiligung an einer gemeinschaftlichen Gefährdung vor (§ 830 Abs. 1 S. 2 BGB). Jeder haftet auch im Innenverhältnis für den Gesamtschaden¹⁸³⁾. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt nicht vor, wenn voneinander völlig unabhängige Betriebe, vielleicht zu verschiedenen Jahreszeiten und nur vorübergehend, Abwässer eingeleitet haben. Dann kann von einer gemeinschaftlichen Gefährdung keine Rede sein. Die Betriebe haften nicht als Gesamtschuldner, sondern nur zu dem Anteil, zu dem eine Mitverursachung des Schadens nachzuweisen ist; Betriebe, die sich im Rahmen erlaubter Einleitungen gehalten haben, sind von einer Haftung ganz frei¹⁸³⁾.

Die Haftung wegen der Verletzung des Fischereirechts nach § 823 Abs. 1 BGB wird ergänzt durch § 22 WHG¹⁸⁴⁾. Nach dieser Bestimmung macht sich derjenige schadensersatzpflichtig, der in ein Gewässer Stoffe einbringt oder einleitet oder auf ein Gewässer derart einwirkt, daß die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers verändert wird. Gelangen aus einer Anlage, die bestimmt ist, Stoffe herzustellen, zu verarbeiten, zu lagern, zu befördern oder wegzuleiten, derartige Stoffe in ein Gewässer, ohne in dieses eingebracht oder eingeleitet zu sein, so ist der Inhaber der Anlage zum Ersatz des daraus einem anderen entstehenden Schadens verpflichtet. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch höhere Gewalt verursacht ist. Haben mehrere die Einwirkungen vorgenommen, so haften sie als Gesamtschuldner (§ 22 Abs. 1 und 2 WHG)¹⁸⁵⁾. Diese Vorschrift tritt an die Stelle der beiden preußischen und bayerischen Bestimmungen, welche dieselbe Materie regelten¹⁸⁶⁾. Gegenüber einer weitergeltenden Verleihung nach preußischem Wasserrecht ist § 22 WHG nicht anwendbar, vielmehr steht dem Benachteiligten in derartigen Fällen nur ein öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch unter den näher bezeichneten Voraussetzungen des § 82 preußWG zu. Ebenso kann gegenüber Anlagegenehmigungen nach § 15 GewO der Betroffene seine Ansprüche nur nach Maßgabe des § 26 GewO geltend machen, nicht nach § 22 WHG

¹⁸²⁾ OLG Stuttgart VersR 1957, 34

¹⁸³⁾ Wüsthoff, Haftungsfragen bei der Verunreinigung von Gewässern, BB 1952, 419 (422)

¹⁸⁴⁾ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts v. 27. 7. 1957 (BGBl. 1957 I 1110; 1959 I 37), in Kraft getreten am 1. 3. 1960 (§ 45 WHG)

¹⁸⁵⁾ Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwasserschäden, JZ 1956, 678; Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772; Schwarz, Die Deckung der Haftpflicht aus § 22 Wasserhaushaltsgesetz in der Allgemeinen Haftpflichtversicherung, VW 1960, 173; Witzel, Wasserhaushaltsgesetz, 1957; Kolb, Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, 1958; Sauer-Laiss-Quirrl, Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Textausgabe mit Erläuterungen, 1958

¹⁸⁶⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772

oder § 823 Abs. 1 BGB. Dieser Ausschluß des § 22 WHG und des § 823 Abs. 1 BGB gilt naturgemäß nur, soweit der Berechtigte seine Nutzungsrechte nicht überschreitet. Tut er dies, so wird er weder nach dem bisherigen Recht noch nach dem Wasserhaushaltsgesetz geschützt, sondern ist den Schadensersatzansprüchen der Fischereiberechtigten ausgesetzt¹⁸⁶⁾.

Durch § 22 WHG ist eine Gefährdungshaftung für das Wasserrecht eingeführt worden. Sie ist aus der spezifischen Gefahr der Abwassereinleitungen und der Einstandspflicht des Unternehmers gefährlicher Anlagen begründet¹⁸⁷⁾. Die Regelung verpflichtet denjenigen, der eine mit Gefahren für den Wasserhaushalt verbundene Tätigkeit ausübt, für gewisse typische Gefährdungsfolgen seiner Tätigkeit einzustehen¹⁸⁸⁾. Jede Änderung der Beschaffenheit des Wassers durch menschliches Handeln oder Unterlassen hat nach § 22 Abs. 1 WHG eine umfassende Gefährdungshaftung zur Folge¹⁸⁸⁾. Der Schädiger muß entweder Stoffe einbringen oder einleiten oder in der Weise auf ein Gewässer einwirken, daß die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers verändert wird. In dieser Bestimmung ist auch der Schutz gegen radioaktive Einwirkungen enthalten¹⁸⁸⁾. Die Anlagenhaftung erfaßt Schäden, die durch Undichtwerden eines Tanks oder einer Rohrleitung eintreten; sie erfaßt auch das Versickern von Stoffen aus Fabriken. Für den ursächlichen Zusammenhang gelten die gleichen Grundsätze, die für die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB entwickelt wurden, ebenso für die Gesamthaftung¹⁸⁹⁾.

Der in § 22 WHG statuierte Schadensersatzanspruch ist rein zivilrechtlicher Art¹⁹⁰⁾. § 22 WHG stellt, da § 823 Abs. 1 BGB für das Gebiet der Wasserwirtschaft dem Gesetzgeber nicht mehr zu genügen schien, eine Spezialvorschrift dar, um die innerhalb der modernen Wirtschaft für den Wasserhaushalt zwangsläufig entstehenden Gefahren angemessen zu verteilen. Anwendbar sind daher die allgemeinen Bestimmungen des BGB über unerlaubte Handlungen. Soweit jedoch der engere Tatbestand dieser Sonderbestimmung eine erschöpfende Regelung enthält, schließt er die Vorschriften des BGB über unerlaubte Handlungen aus¹⁹¹⁾. Daher sind alle Bestimmungen, die Inhalt und Umfang des Schadens bei unerlaubten Handlungen begrenzen (§§ 249 ff, 842—846 BGB) anwendbar. Nicht anwendbar ist dagegen die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB, sobald der Tatbestand der Spezialbestimmung des § 22 WHG erfüllt ist. Denn diese Bestimmung will alle durch Abwässerungsverunreinigung entstehenden Schäden, auch diejenigen des Fischereiberechtigten, abschließend regeln. Für eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Fischereirechts durch Abwässer ist daher neben § 22 WHG kein Raum mehr. Das Ziel des Gesetzgebers, für die Haftung bei Abwässerschäden eine klare und eindeutige Sonderregelung zu schaffen, gleichgültig, ob fischereiberechtigte oder andere Personen betroffen sind, würde nicht erreicht werden, wenn daneben Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB bestehen könnten. Da die zahlreich ergangenen Urteile in der Rechtsprechung zeigen, welche Schwierigkeiten die Begründung des Schadensersatzanspruches wegen Verletzung des Fischereirechts durch Abwässerungsverunreinigung bereitete, sollte nunmehr eine ein-

¹⁸⁶⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772

¹⁸⁷⁾ Esser, Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129; Somogyvár, Gefährdungshaftung für Abwässerschäden, JZ 1956, 678

¹⁸⁸⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772 (773); Kolb, Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, 1958 Erl. I zu § 22 WHG = S. 133/134

¹⁸⁹⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772 (774/775)

¹⁹⁰⁾ Kolb, Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, 1958 Erl. I zu § 22 WHG = S. 134

¹⁹¹⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772 (775)

fache Haftungsgrundlage für Abwässerschäden geschaffen werden. Insofern liegt die Sachlage hier ganz anders als bei den anderen Fällen der Gefährdungshaftung. Dies verkennt Kolb¹⁹²⁾, wenn er ebenso wie in anderen Fällen der Gefährdungshaftung die Vorschriften des bürgerlichen Haftungsrechts anwenden, insbesondere bei Verschulden auf §§ 823 ff. BGB subsidiär und auch ergänzend zurückgreifen will. Wernicke¹⁹³⁾ zieht dagegen die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB neben § 22 WHG mit Recht in Zweifel, scheint aber zu Unrecht die Anwendung doch nicht ganz ablehnen zu wollen. Fest steht jedoch, daß bei allen anderen Fällen der Verletzung des Fischereirechts, außer durch Abwässerungsverunreinigung, § 823 Abs. 1 BGB weiterhin Anwendung findet.

7. Der Schadensumfang

Unproblematisch ist die Berechnung des Schadens, der dem Fischereiberechtigten durch Verletzung des Fischereirechts entstanden ist, wenn der Fischdieb die gefangenen Fische noch in Besitz hat und der Fischereiberechtigte sich mit der Herausgabe zufrieden gibt. Der Schadensersatzanspruch ist dann gemäß §§ 823 Abs. 1, 249 BGB auf Herausgabe der gefangenen Fische gerichtet.

In allen anderen Fällen ist, sofern nicht lebendig von dem Fischdieb gefangene Fische wieder eingesetzt werden können, die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich. Hinzukommt, daß bei besonderen Fischarten nicht genau die entsprechenden Tiere zu bekommen sind¹⁹⁴⁾. Außerdem ist bei jedem Fischbestand mit einem natürlichen Schwund zu rechnen¹⁹⁴⁾. Infolgedessen ist der Fischereiberechtigte gemäß § 251 BGB in Geld zu entschädigen. Ob allerdings der Schaden gleich dem Sachwert abzüglich der Gewinnungskosten ist, hängt davon ab, ob der Eigentumserwerb mit genügender Sicherheit zu erwarten war¹⁹⁵⁾. Der Schaden des Fischereiberechtigten ist demnach vom Gericht nach § 287 ZPO frei zu schätzen¹⁹⁶⁾. Dabei wird die Schadensberechnung in der Binnenfischerei meist nach Erfahrungsgrundsätzen durch Sachverständige vorgenommen¹⁹⁷⁾. Für die Bemessung des Schadens ergeben sich verschiedene Grundsätze, je nach dem, ob es sich um Fischwilderei, ein Fischsterben durch Abwässerungsverunreinigung oder einen sonstigen Eingriff in das Fischereirecht durch Bauten oder ähnliche Maßnahmen handelt.

Bei der Fischwilderei ist der Fischereiberechtigte nur insoweit geschädigt, als in sein Aneignungsrecht eingegriffen worden ist. Die von dem Fischdieb gefangenen Fische gehörten ihm noch nicht; er hatte nur das Recht und die Möglichkeit, sie zu fangen¹⁹⁸⁾. Dafür, daß ihm diese Möglichkeit genommen wurde, ist der Fischereiberechtigte zu entschädigen. Wie in allen anderen Fällen ist auch hier eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich, weil zu viele verschiedene Umstände mitsprechen. Infolgedessen ist die Ansicht des OLG Kiel¹⁹⁸⁾, daß der Geschädigte nach § 249 BGB zu entschädigen sei, nicht zutreffend; maßgebend ist vielmehr nur § 251 BGB. Bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO sind die tatsächlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Wenn der Fischereiberechtigte nach dem gewöhnlichen Verlauf der von ihm getroffenen Anstalten (etwa bei dem Vorhandensein von Fischreusen) die Fische selbst gefangen hätte, ist anzunehmen, daß er diese entweder selbst verbraucht oder entsprechend verwertet hätte¹⁹⁸⁾. Im

¹⁹²⁾ Kolb, Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, 1958 Erl. VI zu § 22 WHG — S. 135

¹⁹³⁾ Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772 (775)

¹⁹⁴⁾ LG Essen RdL 1956, 38

¹⁹⁵⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 58 III = S. 280

¹⁹⁶⁾ LG Essen RdL 1956, 38; LG Freiburg 1956, 324; OLG Celle RdL 1955, 294/295

¹⁹⁷⁾ LG Freiburg RdL 1956, 324

¹⁹⁸⁾ OLG Kiel 39, 193

letzteren Fall ist dem Fischereiberechtigten auch ein entsprechender Gewinn entgangen, der ihm gemäß § 252 BGB zu ersetzen ist. Anders läge die Sache, wenn der Fischereiberechtigte trotz dem Fischdiebstahl doch seinerseits nach den von ihm getroffenen Anstalten nicht mehr Fische hätte fangen können, als er tatsächlich in der Fangperiode gefangen hat. Auch dann stehen dem Fischereiberechtigten Ersatzansprüche zu, und zwar insoweit, als der Fischwilderer das Fischereirecht unentgeltlich und ohne Rechtsgrund teilweise mitbenutzt hat. Für diese Ausnutzung muß er mindestens den Betrag als Entschädigung bezahlen, den der Geschädigte bei einer Verpachtung oder anderweitigen Nutzung seines Fischereirechts durch Dritte (Fischereigast) erhalten hätte. Dies ist der objektive Wert der dem Geschädigten entzogenen und vom Fischdieb genutzten Aneignungsmöglichkeit, den er zu ersetzen hat¹⁹⁸⁾.

Bei der Verletzung des Fischereirechts durch Einbringung fester Stoffe in den Wasserlauf besteht der zu ersetzende Schaden zunächst darin, daß durch die Einleitung fester Stoffe, wie Rübenabfälle, die Fischereinetze beschwert werden und niedersinken. Dadurch wird die Durchführung der Fischerei erheblich erschwert. Die Fangergebnisse sind geringer, als sie ohne diese Behinderung hätten sein können¹⁹⁹⁾. Der Differenzbetrag ist dem Geschädigten gemäß §§ 251, 252 BGB zu ersetzen. Bei der Beurteilung des durch ein Fischsterben verursachten Schadens ist davon auszugehen, daß genaue Feststellungen über die Menge der verendeten Fische nicht möglich sind, so daß auch hier nur eine Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO in Betracht kommt²⁰⁰⁾. Auszugehen ist von dem Besitz des Fischwassers, also dem Bestand an Jungfischen, der ursprünglich vorhanden war, und derjenigen Fischmenge, die im Normalfall gefischt worden wäre, dem Fangausfall²⁰¹⁾. Bei einem Forellengewässer, dessen Bestand abgegrenzt und übersichtlich ist, sind also zunächst die toten Fische zu zählen, deren Berechnung auf einer bestimmten Flußlänge durch Sachverständige möglich ist. Der Fischbestand hängt dabei von der jeweiligen Güte des Fischwassers ab²⁰²⁾. Ein Abzug von Unkosten kann nur dann in Betracht kommen, wenn es sich um Erwerbsfischerei handelt, nicht aber bei Sportfischern, die nur ihre Freizeit zum Fischen verwenden²⁰³⁾. Der Schadensberechnung ist derjenige Preis zugrunde zu legen, den der Fischereiberechtigte erzielt hätte. Dies kann je nach Lage des Falles der Groß- oder Kleinhandelspreis sein. Bei Sportfischern ist anzunehmen, daß sie ihren Fang, soweit sie ihn nicht selbst verbrauchen, unter der Hand an Gaststätten und Bekannte abgeben, allerdings zu einem billigeren Preis, als ihn der Fischhändler verlangt²⁰⁴⁾. Eine Berücksichtigung der Fütterungskosten kann beim Ersatz des Fischbestandes naturgemäß nicht in Betracht kommen, da der Fischereiberechtigte wertmäßig das wiedererhält, was ihm verlorengegangen war, nämlich den Wert der gefangenen Fische, der ihm ohne jeden Abzug zu ersetzen ist²⁰⁵⁾. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der volle Wert des vernichteten Fischbestandes nur dann zu ersetzen ist, wenn der Fischereiberechtigte die Fische mit hinreichender Sicherheit gefangen hätte. Der Schädiger haftet bei einem Fischsterben aber nicht nur für den Fischbesatz, sondern auch für den jährlichen Fangausfall, diejenige Fischmenge also, die im Normalfall gefischt worden wäre²⁰⁴⁾. Der jährliche Ausfall ist schätzbar²⁰⁵⁾. Von dem Fangausfall ist die durch den natürlichen Schwund des Fischbestandes

¹⁹⁸⁾ OLG Kiel 39, 193

¹⁹⁹⁾ OLG Nürnberg RdL 1956, 126

²⁰⁰⁾ OLG Celle RdL 1955, 294

²⁰¹⁾ OLG Tübingen RdL 1955, 291; LG Hildesheim RdL 1955, 294

²⁰²⁾ OLG Celle RdL 1955, 295

²⁰³⁾ OLG Tübingen RdL 1955, 291

²⁰⁴⁾ LG Hildesheim RdL 1955, 294; LG Freiburg RdL 1956, 324

²⁰⁵⁾ LG Freiburg RdL 1956, 324

bedingte normale Ergänzung abzusetzen²⁰⁶⁾. Ebenso sind von dem Fangausfall im Gegensatz zum Ersatz des Fischbestandes die Fütterungskosten abzuziehen²⁰⁷⁾. Der Fischereiberechtigte würde aus der Verletzung seines Fischereirechts einen Vorteil ziehen, wenn er nunmehr den Fangausfall in vollem Umfang ersetzt erhielte, obwohl er keine Fütterungskosten aufzuwenden hatte, da der Fischbestand vernichtet ist. Insgesamt ist dem Fischereiberechtigten bei einem Fischsterben zu ersetzen: der Fischbesatz sowie der jährliche Fangausfall abzüglich der normalen Ergänzung bzw. des natürlichen Schwundes und der Fütterungskosten²⁰⁸⁾. Bei Forellen ist z. B. mit einem natürlichen Schwund von 15 % zu rechnen²⁰⁹⁾.

Bei der Beeinträchtigung des Fischereirechts durch bauliche Maßnahmen im oder am Wasserlauf ist Gegenstand des Entschädigungsanspruchs ebenfalls die Schädigung des Aneignungsrechts gegenüber dem vorhandenen Fischbestand sowie, als Verletzung des Rechts am Fischereibetrieb, auch die Schädigung der Hege des Fischbestandes, das heißt der Möglichkeit, diesen in rationeller Weise zu heben und zu verbessern. Das Aneignungsrecht bezieht sich auf den zur Zeit des Beginns der Bauarbeiten vorhandenen Fischbestand²¹⁰⁾. War dieser geringwertig, obwohl eine Besserung möglich gewesen wäre, so ist der geringwertige Bestand der Schadensberechnung zugrunde zu legen. Im übrigen ist bei der Bemessung des durch die Vornahme der Arbeiten entstandenen Schadens nach Möglichkeit festzustellen, inwieweit der ursprünglich vorhandene Fischbestand gelitten hat und dem Fischereiberechtigten die Möglichkeit genommen ist, den Bestand wieder auf die Höhe zu bringen, die er vor Beginn der Arbeiten hatte. Dabei ist natürlich eine vielleicht mit Rücksicht auf den baldigen Beginn der Wasserbauarbeiten vom Fischereiberechtigten vorgenommene willkürliche Erhöhung des Bestandes, abgesehen von dem Wert der etwa vernichteten Fische, ebenso wenig zu berücksichtigen wie eine auf Grund zufälliger Ereignisse vorübergehend eingetretene Verminderung²¹¹⁾. Zu ersetzen ist der tatsächlich eingetretene Schaden. Als brauchbare Unterlage zur Beurteilung der durch Wasserbauten hervorgerufenen Fischereischäden können die vom Bundesverkehrsminister veröffentlichten Richtlinien²¹²⁾ dienen, die allerdings nur für die Behörden der Wasserstraßenverwaltung innerdienstlich bindend sind. Es steht aber nichts im Wege, die dort aufgestellten Grundsätze allgemein heranzuziehen²¹²⁾. Danach sind an Schäden, die durch bauliche Maßnahmen hervorgerufen werden können, drei Arten zu unterscheiden:

- a) Vorübergehende Schäden. Das sind Schäden während der Bauausführung und der Durchführung der Unterhaltungsmaßnahmen. Sie bestehen in einer zeitweiligen Verhinderung der Fischereiausübung oder Vertreibung der Fische durch die Arbeiten. Als Entschädigungsleistung kommen Mittel zur Beschaffung von Fischereibedarf und Fischbesatz, bei Berufsfischern auch zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten in Betracht.
- b) Umstellungsschäden. Das sind nachwirkende, aber zeitlich begrenzte Schäden, die noch längere Zeit nach den eigentlichen Bauarbeiten nachwirken. Sie entstehen in der Regel durch Verbreiterung oder Vertiefung des Flußbettes und

²⁰⁶⁾ LG Hildesheim RdL 1955, 294; LG Essen RdL 1956, 38

²⁰⁷⁾ LG Essen RdL 1956, 38

²⁰⁸⁾ LG Hildesheim RdL 1955, 294

²⁰⁹⁾ LG Essen RdL 1956, 38

²¹⁰⁾ E y m a n n, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 II. Bd. Anm. 1 d zu Art. 109 WG = S. 209

²¹¹⁾ Richtlinien zur Erhaltung der Binnenfischerei an den Bundeswasserstraßen (1955), im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten erlassen am 24. 8. 1955 (VKBl. S. 469)

²¹²⁾ Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anh. zu Art. 109 WG

können dazu führen, daß andere Netze und Geräte und neuer Fischbesatz benötigt werden. Außerdem kann der Nährboden und Pflanzenwuchs entfernt sein. Dies führt zu einer Umstellung der Fischerei auf die veränderten Verhältnisse und bis dahin zu einer Ertragsminderung. Als Entschädigungsleistung kommen Mittel für die Beschaffung geeigneten Fischereibedarfs (Netze, Fanggeräte usw.) und Überbrückung durch finanzielle Hilfe in Betracht.

- c) Dauerschäden. Das sind Schäden, die infolge der durch die Baumaßnahmen bedingten Veränderungen im Flußlauf eine dauernde Wertminderung der Fischerei zur Folge haben. Sie bestehen in einer Verkürzung der Fischereistrecken, einer Wertminderung von Produktionsflächen, Abdeckung von Uferböschungen mit Betonplatten, Verbauung und Trockenlegung von Altarmen oder in der Sperrung von Uferbetretungsmöglichkeiten durch technische Anlagen (Schleusen, Wehre). In den Richtlinien²¹³⁾ wird darauf hingewiesen, daß es nicht richtig sei, Stauhaltungen stets als eine Verschlechterung der Fischereiverhältnisse zu betrachten. Allerdings werden durch einen Stau die bisherigen Wasserflächen und der Wasserraum meist größer, was einen Einsatz von Fischen zur Vergrößerung des Bestandes erfordert. Als Entschädigungsleistung kommen eine Abfindung in Geld, Ansetzung des Fischereibetriebes an einem anderen Fischwasser sowie die Gewährung von Mitteln für die Durchführung der Umsetzung, für neue Fanggeräte und zur Überbrückung während der Einarbeitung in Betracht.

Durch die Verletzung des Fischereirechts können mehrere Personen unmittelbar geschädigt sein. Auch der Pächter ist unmittelbar geschädigt, wenn sein Fischereirecht beeinträchtigt wird; er hat die Pflicht zur Hege des Fischbestandes²¹⁴⁾. Unberührt davon bleiben die Ansprüche gegen den Verpächter aus dem Pachtvertrag. Aber auch der Verpächter selbst ist bei einem Fischsterben unmittelbar geschädigt. Sein Schaden besteht u. a. darin, daß er nur noch einen geringeren Pachtzins erhält²¹⁴⁾ oder dieser ganz wegfällt²¹⁵⁾. Ein Sportfischereiverein, der Inhaber des nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten Fischereirechts ist, kann den durch Verletzung dieses Rechts entstandenen Schaden unmittelbar geltend machen, da auch ein idealer eingetragener Verein Vermögensrechte erwerben und bei deren Verletzung Ansprüche erheben kann²¹⁶⁾. Schließlich kann eine Fischereiwirtschaftsgenossenschaft wegen Verletzung ihres Fischereirechts auch insoweit Schadensersatz verlangen, als ihr infolge Vernichtung des Fischbestandes Einnahmen entgangen sind, die ihr aus der Ausgabe von Fischeis an Sportangler zugeflossen wären²¹⁷⁾.

Der Unterschied zur Berechnung des Schadens bei der Verletzung des Jagdrechts liegt darin, daß die Gewißheit des Eigentumserwerbs durch Aneignung für den Fischereiberechtigten größer als für den Jagdberechtigten ist.

Der Fischereiberechtigte kann bei der Beeinträchtigung seines Rechts und bestehender Wiederholungsgefahr auch auf Unterlassung klagen.

²¹³⁾ Richtlinien zur Erhaltung der Binnenfischerei an den Bundeswasserstraßen (1955), im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten erlassen am 24. 8. 1955 (VKBl. S. 469)

²¹⁴⁾ LG Freiburg RdL 1956, 324

²¹⁵⁾ AG Münster RdL 1956, 321

²¹⁶⁾ LG Hildesheim RdL 1955, 292

²¹⁷⁾ AG Walsrode RdL 1956, 41

§ 14. Die Wassergebrauchsrechte

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

BayObLG 7, 52 = SeuffBl. 71, 530 = Recht 1906 Nr. 933; OLG Dresden SächsA 1913 (8), 22; RG Recht 1916 Nr. 2092 u. 2098 = RG JW 1917, 39 mit Anm. von Herrmann; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 e zu § 823 BGB; Fischer-Henle-Titze, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 4 zu § 823 BGB 6 A = S. 59; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 e zu § 823 BGB

1. Eigentumsverhältnisse an Gewässern

Nach Art. 65 EGBGB ist die Regelung des Wasserrechts im weitesten Sinne der Landesgesetzgebung überlassen. Dazu gehören Vorschriften über das Wasserrecht selbst sowie das Mühlenrecht.

Die Wassergesetze der Länder stützen sich in ihrem Aufbau auf eine Einteilung der Gewässer nach den an ihnen bestehenden Eigentumsverhältnissen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem offenen Meer und hinsichtlich der Binnengewässer zwischen Wasserläufen und geschlossenen Gewässern.

Das offene Meer und der Meeresboden sind nicht Gegenstand von Privatrechten¹⁾. An den Meeresküsten besteht ein durch den Gemeingebrauch beschränktes Eigentum des Staates. Die Frage, ob der Gemeingebrauch am Meeresstrand zu den sonstigen Rechten gehört, ist bei den öffentlichen Rechten zu behandeln²⁾.

Bei der Einteilung der Wasserläufe unterscheidet das bayerische Wassergesetz zwei Hauptgruppen, nämlich öffentliche und private Gewässer³⁾. Öffentliche Gewässer sind nach Art. 1 Abs. 1 WG die Flüsse und Flußteile, welche zur Schiff- oder Floßfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- oder Floßfahrt dienen (öffentliche Flüsse), dann die vom Staat errichteten Kanäle, soweit sie durch die Staatsregierung der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet sind. Die öffentlichen Gewässer stehen im Eigentum des Staates (Art. 2 WG), wobei das Eigentum eine Folge der öffentlichen Eigenschaft der Flüsse ist³⁾. Privatgewässer sind alle nicht öffentlichen Gewässer. Bei diesen sind wiederum geschlossene Privatgewässer sowie Privatflüsse und Bäche zu unterscheiden. Die geschlossenen Gewässer nach Art. 16 WG entsprechen den Nichtwasserläufen nach §§ 196 ff. preußWG⁴⁾. Es gehören zu ihnen namentlich nicht abfließende Seen und Teiche und das auf einem Grundstück unterirdisch vorhandene Grundwasser. Ein Unterschied besteht lediglich hinsichtlich der Quellen, die auf einem Grundstück entspringen, solange das aus ihnen stammende Wasser nicht vom Grundstück abgeflossen ist. Es gilt nach Art. 16 Abs. 1 Ziff. 3 WG als geschlossenes Gewässer, während das preußische Recht auch die Quellen, aus denen ein Fluß entspringt,

¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 I = S. 404; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 = S. 244/245

²⁾ Siehe oben S. 17

³⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 413/414

⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 II 2 = S. 404; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 I 3 = S. 244

zu den Wasserläufen zählt⁵⁾. Das Eigentum an einem Grundstück erstreckt sich auch auf die in ihm befindlichen geschlossenen Gewässer; diese gehören also dem Eigentümer. Der bürgerlich-rechtliche Eigentumsgehalt ist bei ihnen stärker ausgeprägt als bei allen anderen Gewässern⁶⁾. Die Privatflüsse und Bäche zerfallen wiederum in drei Arten:

- a) Privatflüsse und Bäche im Eigentum der Ufereigentümer, die Bestandteile der Grundstücke sind, zwischen denen sie hindurch fließen (Art. 21 WG);
- b) Privatflüsse im Eigentum des Staates, sogenannte Staatsprivatflüsse (Art. 23 WG). Es handelt sich um rechtlich selbständige Grundstücke, die im Unterschied zu den öffentlichen Gewässern der freien bürgerlich-rechtlichen Verfügungsgewalt des Staates unterliegen;
- c) Privatflüsse im Eigentum Dritter (Art. 24 WG). Es sind rechtlich selbständige Grundstücke. Zu ihnen gehören alle Flüsse und Bäche, die weder im Eigentum der Uferanlieger noch des Staates stehen.

Nach § 1 preußWG sind Wasserläufe die in einem festen (natürlichen oder künstlichen) Bett oberirdisch abfließenden Gewässer einschließlich ihrer Quellen und Seen, aus denen sie abfließen⁷⁾. Die Wasserläufe zerfallen nach preußischem Recht in drei Gruppen:

- a) Ströme und Schifffahrtskanäle = schiffbare Gewässer (öffentliche Flüsse) = Wasserläufe 1. Ordnung. Das Eigentum an ihnen steht dem Staate zu (§ 7 preußWG).
- b) Nichtschiffbare Flüsse (Privatflüsse), die für die allgemeine Wasserwirtschaft von größerer Bedeutung sind = Wasserläufe 2. Ordnung. Sie stehen bis zur Mittellinie im Eigentum der Uferanlieger.
- c) Bäche = unbedeutende, nichtschiffbare Wasserläufe = Wasserläufe 3. Ordnung. Sie stehen ebenso wie die Wasserläufe 2. Ordnung im Eigentum der Uferanlieger (§ 8 preußWG).

Lediglich bei den geschlossenen Gewässern, insbesondere den Seen und Teichen, kann man von einem Privateigentum in dem Sinne sprechen, daß nicht nur das Wassergrundstück, sondern auch die Wasseransammlung im Eigentum steht⁸⁾. Dies entspricht auch dem in § 960 Abs. 1 S. 2 BGB niedergelegten Rechtsgedanken. Dagegen ist es hinsichtlich der Wasserläufe streitig, in welchem Sinne man von einem Eigentum an ihnen sprechen kann. Nach § 4 Abs. 1 würtWG⁹⁾ ist das Bett der öffentlichen Gewässer als eine dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache dem Privateigentum entzogen und steht im öffentlichen Eigentum. Dagegen haben die Wassergesetze Bayerns und Preußens, wie oben ausgeführt, den Begriff des Eigentums am Gewässer beibehalten, während das hessische Recht¹⁰⁾ das Flußbett-Eigentum vom Wassernutzungsrecht scheidet, indem es nur am Flußbett ein Eigentum anerkennt.

Die Frage, wie das Eigentum am Wasserlauf nach bayerischem und preußischem Recht zu konstruieren ist, ist streitig. Einigkeit besteht lediglich darüber, daß die fließende Wasserwelle keine Sache im Sinne des BGB ist¹¹⁾. Nach der

⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 II 1 = S. 404

⁶⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 414

⁷⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 I 2 = S. 244

⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 IV = S. 405

⁹⁾ Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 25. 2. 1960 (GVBl. S. 17); Dürig, Gesetze des Landes Baden-Württemberg Nr. 100

¹⁰⁾ Art. 48 hessisches Wassergesetz v. 1887

¹¹⁾ Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. II 2 a Rn. 8 zu Art. 2 WG; Palandt-Danckelmann, 19. Aufl. 1960 Anm. 4 a vor § 90; 1 zu § 90 BGB

herrschenden Lehre beschränkt sich das Eigentum am Wasserlauf nicht auf das Flußbett, sondern es umfaßt neben dem Eigentum am Bett auch die Befugnisse des Eigentümers hinsichtlich des darin enthaltenen Wassers. Bett und Wasser sollen zusammen erst den Begriff Wasserlauf ergeben. Das Eigentumsrecht des Eigentümers am Flußbett erstreckt sich nach der herrschenden Meinung von selbst und naturgemäß auf die darüber befindliche Wassersäule, so daß am gesamten Wasserlauf, also am Flußbett und dem durchströmenden Wasser, als Einheit Eigentum bestehe¹²⁾. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Gegenstand des Eigentums ist vielmehr stets der mit Wasser bedeckte Grundstücksteil, also zum Beispiel das Flußbett oder Seebecken¹³⁾. Somit stellt sich das Flußbetteigentum als echtes privatrechtliches Eigentum an einem mit Wasser bedeckten Grundstück dar. Es erstreckt sich wie jedes Grundeigentum auf den Raum über der Erde, aber nicht auf alles, was sich in diesem Raum befindet¹⁴⁾. Ebenso wenig wie es ein Eigentum an der Luft oder den Regentropfen gibt, die sich über einem Grundstück befinden, gibt es auch ein Eigentum an dem darüber hinfließenden Wasser¹⁴⁾. Das fließende Wasser entzieht sich der Unterstellung unter den Eigentumsbegriff¹⁵⁾. Voraussetzung für das Eigentum ist die Beherrschbarkeit desjenigen Gegenstandes, der in jemandes Eigentum stehen soll. Dies ist bei fließendem Wasser nicht der Fall. Denn das Wasser, das in einem Flußbett fließt, würde nach der herrschenden Lehre ganz kurzfristig von Zeit zu Zeit den Eigentümer wechseln. Es fehlt also an einer genauen Abgrenzung des Eigentumsgegenstandes. In dieser Hinsicht verkennt die herrschende Lehre die scharfe Scheidung des Gesetzes zwischen den Wasserläufen und den geschlossenen Gewässern. Nur an dem Wasser der geschlossenen Gewässer spricht das Gesetz dem Grundbesitzer ein Privateigentum zu, während bei den Flüssen nur diese selbst, nicht ihr Wasser, als Eigentumsobjekt bezeichnet werden¹⁶⁾. Das in den Wasserläufen befindliche Wasser steht somit in niemandes Eigentum; es ist eine herrenlose Sache, hinsichtlich der besondere Benutzungs- und Aneignungsverhältnisse bestehen¹⁷⁾. Der Einwand der herrschenden Lehre, daß es gekünstelt sei, die Einheit des Gewässers zu zerreiß¹⁸⁾, vermag nicht zu überzeugen. Das fließende Wasser kann nun einmal nicht Eigentumsobjekt sein. Hinzu kommt, daß auch am Privatfluß in beschränktem Umfang ein Gemeingebrauch besteht¹⁹⁾. Es muß also zwischen dem Flußbetteigentum und dem Wassergebrauchsrecht unterschieden werden²⁰⁾.

2. Die Rechtsnatur des Wassergebrauchsrechts

Das Wassergebrauchsrecht enthält in seinem Kern ein Aneignungsrecht an dem herrenlosen Wasser des Wasserlaufs, außerdem ein Recht, ohne Wasseraeignung die Wasserkraft zu nutzen²⁰⁾. Unter Wassernutzung ist dabei die Aus-

¹²⁾ Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Das preußische Wassergesetz, 3. u. 4. Aufl. unveränd. Nachdruck 1955 Bd. I Anm. 1 zu § 7 preußWG = S. 78; Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 413; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 III = S. 245; Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. II 2 a Rn. 9 zu Art. 2 WG; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 34 I c = S. 234; Palandt, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu Art. 65 EGBGB

¹³⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 413

¹⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 IV 1 = S. 405/406

¹⁵⁾ Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 Bd. I S. 164 ff.

¹⁶⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 96 1 c = S. 414 gegen Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, 1901 § 32 = S. 226

¹⁷⁾ Eymann, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern, 1908 Bd. I S. 164 ff.

¹⁸⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 III = S. 245; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 34 I c = S. 234

¹⁹⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 96 1 c = S. 414

²⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 IV = S. 405/406

nutzung der vorteilhaften Eigenschaften des Wassers zu verstehen, insbesondere seiner lebenspendenden, reinigenden, tragenden, fortbewegenden und treibenden Kraft sowie seines chemischen und physikalischen Verhaltens²¹⁾. Die Wasserkraft kommt vornehmlich als Trieb-, Trag- und Dungkraft in Betracht²²⁾. Nur wenn die Tätigkeit oder Anlage eine Auswertung in diesem Sinne zum beabsichtigten Zweck hat, liegt eine Wassernutzung vor²³⁾. Eine Überfahranstalt (Art. 78 WG) ist ebenso wie eine Brücke oder ein fester Steg keine Anlage zur Wasserbenutzung; denn sie bezweckt in der Hauptsache nicht die Ausnutzung eines vom Wasser gebotenen Vorteils, sondern die Überwindung des Nachteils der Verkehrsunterbrechung²³⁾.

Das Wassergebrauchsrecht des Eigentümers gewährt diesem das Recht, den Fluß zu befahren sowie ein wesentlich verstärktes Recht zur Aneignung und Benutzung des Wassers. Vorbehaltlich besonderer entgegenstehender Rechte Dritter dürfen die Grundeigentümer das vorüberfließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauch nutzen, nur unter der Beschränkung, daß dadurch kein schädlicher Rückstau, keine Überschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden darf und daß dem Wasser vor Eintritt in eine fremde Eigentumssphäre der Abfluß in sein altes Bett gegeben werden muß (Art. 45, 47 WG)²⁴⁾.

Das Wassergebrauchsrecht darf nicht mit dem Gemeingebrauch verwechselt werden. Es ist ein im Vergleich zum Gemeingebrauch wesentlich verstärktes Recht zur Aneignung und Benutzung des Wassers. Somit handelt es sich um ein, wenn auch im öffentlichen Interesse beschränktes, Privatrecht²⁴⁾. Das Wassergebrauchsrecht gehört nach den neueren Wassergesetzen zum Inhalt des Eigentums am Gewässer, soweit Betteigentum und Wassernutzungsrecht in einer Hand liegen²⁵⁾. Infolgedessen ist das Wassergebrauchsrecht das aus dem Eigentum abgeleitete Recht zur Aneignung des hinüber- oder vorbeifließenden Wassers. Als Ausfluß des Eigentums ist es wegen seiner Verwandtschaft mit diesem ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB²⁶⁾.

3. Arten des Wassergebrauchsrechts

Das Wassergebrauchsrecht des Eigentümers enthält jedes Recht zur Nutzung der Wasserkraft, zur Ableitung des Wassers, zur Einleitung von Wasser oder Abwässern sowie zur Hebung oder Senkung des Wasserspiegels²⁷⁾.

Neben dem Wassergebrauchsrecht des Eigentümers gibt es selbständige Wassergebrauchsrechte. Diese beruhen entweder auf den geltenden Wassergesetzen oder, soweit es sich um ältere aufrechterhaltene Wasserbenutzungsrechte handelt, auf besonderen Titeln.

Verliehene Wassergebrauchsrechte gibt es nach dem preußischen Wassergesetz. Es können gemäß § 46 preußWG durch Verleihung nur bestimmte Wassergebrauchsrechte erworben werden²⁸⁾. Der öffentlich-rechtliche Akt der Verleihung schafft entweder das Wassergebrauchsrecht, wenn es sich um die Begründung von Rechten handelt, die bisher niemand zustanden, insbesondere nicht Inhalt des Wassergebrauchsrechts des Eigentümers sind, oder überträgt das Wassergebrauchsrecht, wenn Rechte, die bisher Inhalt des Wassergebrauchsrechts des Eigentümers

²¹⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 416

²²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 IV 2 N. 15 = S. 406

²³⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 416

²⁴⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 96 2 a = S. 415

²⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 100 IV 2 = S. 406

²⁶⁾ BayObLG 7, 52 = SeuffBl 71, 530 = Recht 1906 Nr. 933

²⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 101 II = S. 411

²⁸⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 IV 3 b = S. 247

waren, auf Dritte übertragen werden²⁹⁾. Verleihbar sind nach preußischem Recht 6 Wassergebrauchsrechte an Wasserläufen gemäß § 46 preußWG. Es sind dies:

- a) das Recht der Wasserableitung mit dem Recht, das Wasser zu ge- und verbrauchen;
- b) das Recht der Flüssigkeitseinleitung;
- c) das Recht, den Wasserspiegel zu senken oder zu heben, namentlich durch Hemmung des Wasserablaufs eine dauernde Ansammlung von Wasser herbeizuführen. Hierher gehören insbesondere die Staurechte, d. h. die Befugnis, das Wasser durch ein Wehr in seinem natürlichen Ablauf aufzuhalten und anzusammeln, bis der Wasserspiegel die Staugrenze erreicht³⁰⁾;
- d) das Recht der Anlegung von Häfen und Kanälen;
- e) das Recht der Herstellung von Anlegestellen mit baulichen Vorrichtungen von größerer Bedeutung;
- f) das Recht der Anlegung kommunaler oder gemeinnütziger Badeanstalten.

Diese Wassergebrauchsrechte können nur einem Unternehmen mit einem bestimmten Plan unter genauer Angabe seiner Durchführung verliehen werden³¹⁾. Überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls dürfen der Verleihung nicht entgegenstehen³¹⁾. Als Träger dieser verliehenen Wassergebrauchsrechte kommen in Betracht: industrielle Unternehmen (Fabriken), die zum Motorantrieb die Wasserkraft gebrauchen, Talsperren, Bergbaubetriebe, Kanalisationswerke, Trinkwasserwerke, Mühlen und Bewässerungsunternehmen³²⁾. Das Wassergebrauchsrecht kann nach § 81 Abs. 1 S. 2 preußWG von dem Unternehmen, für das es verliehen ist, nicht getrennt werden und geht mit ihm auf den Rechtsnachfolger über. Ist das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden, so kann es auch von diesem Eigentum nicht getrennt werden (§ 81 Abs. 2 preußWG).

Die verliehenen Wassergebrauchsrechte sind ebenso wie das Wassergebrauchsrecht des Eigentümers sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB³³⁾. Das verliehene selbständige Wassergebrauchsrecht ist ein subjektiv-dingliches Nutzungsrecht an einem fremden Gewässer³⁴⁾. Wie die Grunddienstbarkeit mit einem Grundstück ist das Wassergebrauchsrecht mit einem Unternehmen verknüpft³⁵⁾. Es handelt sich somit um ein dingliches Recht an dem Wasserlaufgrundstück³⁵⁾, ein eigentumsähnliches Privatrecht³⁵⁾. Da die verliehenen Wassergebrauchsrechte nach § 81 Abs. 1 preußWG im Rechtswege verfolgbar sind und die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften auf sie entsprechend anzuwenden sind, gehören die verliehenen Wassergebrauchsrechte auch zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Neben den verliehenen Wassergebrauchsrechten, die nur einen ganz bestimmten Inhalt haben, kann die Wasserbehörde für einzelne Maßnahmen Zwangsrechte begründen, wenn es aus wasserwirtschaftlichen Gründen zweckmäßig erscheint.

²⁹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 101 III = S. 412

³⁰⁾ Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 1 B zu § 91 preußWG 7 A a = S. 473

³¹⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 IV 3 c = S. 247

³²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 101 III 2 a N. 17 = S. 413; v. Gierke, Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 IV 3 c = S. 247

³³⁾ Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 4 zu § 823 BGB 6 A = S. 59

³⁴⁾ Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Bd. 1949 Anm. 2 a zu § 81 preußWG = S. 462; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 34 I e = S. 236

³⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 101 III 4 a = S. 413; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 IV 3 d = S. 247; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 34 I e = S. 236

Solche Zwangsrechte berechtigen zu einem Vorgehen gegen die am Wasserlauf Berechtigten (§§ 330 ff. preußWG)³⁶⁾. So gibt es Rechte auf Veränderungen eines Wasserlaufs (Vertiefung, Verbreiterung, Verlegung, Durchstich) zwecks Entwässerung, Abwässerbeseitigung, Triebwerksausnutzung; ferner Wasserdurchleitungsrechte zum gleichen Zweck sowie zur Wasserbeschaffung. Schließlich können Rechte zum Halten von Ufertreppen, Brücken und dergl. zwangsweise geschaffen werden³⁷⁾. Diese Zwangsrechte sind ebenso wie durch Verleihung begründete Wassergebrauchsrechte dienstbarkeitsähnliche Privatrechte dinglicher Art³⁸⁾. Sie werden gegen Entschädigung ausgeübt. Ebenso wie die verliehenen Wassergebrauchsrechte sind sie im Zivilprozeßweg verfolgbar und negatorisch geschützt (§ 340 preußWG). Sie sind somit auch sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Daneben sind ältere Wasserbenutzungsrechte gemäß § 379 preußWG aufrechterhalten worden, soweit sie auf besonderen Titeln beruhen. Hierher gehören die auf alter Verleihung, Gerechtsamen oder Gerechtigkeiten beruhenden Wassergebrauchsrechte, die ebenso wie die neuen Wassergebrauchsrechte sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind³⁹⁾.

Die Wassergebrauchsrechte sind im bayerischen Recht anders als im preußischen geregelt. Jede Art der Wasserbenutzung an öffentlichen Gewässern und Staatsprivatflüssen, die sich nicht als Gemeingebrauch darstellt, bedarf nach Art. 42 WG der Erlaubnis. Hierher gehört insbesondere die Wasserbenutzung, die mittels einer besonderen Anlage erfolgt, wie die Errichtung von Triebwerken ohne gespannte Wasserkraft, Wasseraus- und -einleitungen, Schöpfwerken, Bade- oder Waschwäusern und dergl. Daneben ist die bürgerlich-rechtliche Verfügungsbefugnis notwendig, das heißt die Einräumung der erforderlichen privaten Rechte, die in der Erteilung der Erlaubnis enthalten ist. Die mit der Erlaubnis nach Art. 42, 43 WG erteilte Einräumung der privatrechtlichen Befugnis stellt einen besonderen Rechtstitel des bürgerlichen Rechts dar⁴⁰⁾. Das dem Berechtigten auf diese Weise erteilte Wassergebrauchsrecht ist ebenso wie die Wassergebrauchsrechte nach preußischem Recht ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Die Wassergebrauchsrechte der Betteigentümer oder Uferanlieger an Privatflüssen und Bächen können auch dritten Personen eingeräumt werden⁴⁰⁾, die dann ebenfalls den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB hinsichtlich ihres Wassergebrauchsrechts genießen.

4. Die Verletzung des Wassergebrauchsrechts

Verletzt wird das Wassergebrauchsrecht durch jede Behinderung des Inhabers, das Wasser zu benutzen oder es sich anzueignen. Eine solche Behinderung liegt in der Änderung des natürlichen Wasserablaufs, einer Verunreinigung des Wassers, einer Erschwerung der Fluß- und Uferunterhaltung, einer Änderung des Wasserstandes sowie einer Wasserentziehung. Ferner wird das Wassergebrauchsrecht des Uferanliegers verletzt, wenn der Gegenüberlieger mehr als die Hälfte des vorbeifließenden Wassers ableitet, da die gegenüberliegenden Ufereigentümer nur das Recht zur gleichheitlichen Benutzung des Wassers haben (Art. 45 Abs. 4 WG). Außerdem liegt eine Verletzung des Wassergebrauchsrechts vor, wenn eine schädliche Stauung, Überschwemmung, Versumpfung oder Austrocknung verursacht

³⁶⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 VI = S. 248

³⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 102 I = S. 415

³⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 102 I = S. 415; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 73 VI = S. 248

³⁹⁾ Wüsthoff, Handbuch des Deutschen Wasserrechts, Bd. I 1949 Anm. 4 zu § 823 BGB 6 A = S. 59

⁴⁰⁾ Mang-Rudolph, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 416

wird (Art. 45 Abs. 1 Ziff. 1 WG) oder das unverbrauchte Wasser nicht in den Fluß zurückgeleitet wird, ehe er ein fremdes Ufergrundstück berührt (Art. 45 Abs. 1 Ziff. 2 WG). Insbesondere verletzt jemand durch einen Rückstau über die Grenzen seines Grundstücks hinaus das Wassergebrauchsrecht des Oberlieggers (§ 43 preußWG): Der völlige Verbrauch des Wassers enthält die stärkste Beeinträchtigung des Wassergebrauchsrechts des Unterlieggers⁴¹⁾. Die gegenteilige Ansicht Meisners⁴²⁾, daß das Wasserbenutzungsrecht den Verbrauch in sich schließt, beruht auf dessen falscher Voraussetzung, daß der Wasserbenutzungsberechtigte Eigentümer des fließenden Wassers sei. Das Aneignungsrecht des Wasserbenutzungsberechtigten ist quantitativ dadurch beschränkt, daß dieser nicht durch vollständigen Verbrauch des Wassers den Fluß trockenlegen und dadurch seinem Charakter und seiner Zweckbestimmung völlig entfremden darf. Denn ein Aneignungsrecht auf das in dem Flußbett befindliche Wasser hat nicht nur ein Anlieger, sondern neben ihm alle anderen⁴³⁾, deren Recht durch vollständigen Verbrauch verletzt würde. Andererseits muß der Anlieger nicht alles bei ihm vorbeifließende Wasser dem Unterlieger zukommen lassen, sondern er braucht (gemäß Art. 45 Abs. 1 Ziff. 2 WG) nur das von ihm nicht verbrauchte Wasser in das alte Bett zurückzuleiten. Ist dem Wassergebrauchsberechtigten in allen diesen Fällen ein Schaden entstanden, so steht ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung seines Wassergebrauchsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB zu⁴⁴⁾.

Die Hauptfälle der Verletzung des Wassergebrauchsrechts sind die ganze oder teilweise Entziehung des Wassers oder dessen Verunreinigung in der Weise, daß es für den beabsichtigten Zweck nicht mehr zu verwenden ist.

Bereits nach § 246 II 15 ALR durfte ein Nachbar (Oberlieger), durch dessen Grundstück das zum Betrieb einer schon vorhandenen Mühle nötige Wasser floß, ihr dasselbe nicht entziehen. In gleicher Weise steht dem Mühlenbesitzer nach § 16 Abs. 1 preußPrivatflußG⁴⁵⁾ ein Widerspruchsrecht gegen Anlagen zu, durch die sein Wassergebrauchsrecht beeinträchtigt oder ihm das zum Betrieb der Mühle in dem bisherigen Umfang notwendige Wasser entzogen wird. Nach beiden Normen ist der Eingriff des neuen Unternehmers in das Wassergebrauchsrecht objektiv rechtswidrig⁴⁶⁾. Wenn eine Stadtgemeinde oder ein Unternehmen ein Flußbett vertiefen und verbreitern läßt, um dadurch einer ihr gehörigen Mühle oder einem Elektrizitätswerk vermehrten Wasserzufluß zu ermöglichen, liegt darin die Verletzung des Wassergebrauchsrechts eines anderen Mühlenbesitzers, wenn infolge des anderweitigen erhöhten Wasserzuflusses weniger Wasser zu seiner Mühle gelangt als bisher⁴⁷⁾. Neben der Stadtgemeinde (§§ 89, 31, 823 Abs. 1 BGB) haften auch die Personen, die das Unternehmen gemeinsam ausgeführt haben, und zwar gemäß § 830 BGB als Gesamtschuldner⁴⁷⁾. Ebenso wird das Wassergebrauchsrecht des Mühlenbesitzers⁴⁸⁾ verletzt, wenn ihm durch die Anlage einer städtischen Wasserleitung widerrechtlich Wasser entzogen wird⁴⁹⁾. Der Schaden kann sogar so erheblich sein, daß in solchen Fällen ein lohnender Mühlenbetrieb nicht mehr möglich ist. Wird eine solche Mühle, die vor dem Eingriff einen höheren Wert hatte, dann in der Zwangsversteigerung zu einem geringeren Preis zugeschlagen,

⁴¹⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 96 2 b = S. 417; Riederer-Sieder-Zeitler, Bayer. Wassergesetz, 1957 Anm. II 2 Rn. 9 zu Art. 21 WG

⁴²⁾ Meisner, Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts, 1901 § 35 = S. 233

⁴³⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 96 2 b = S. 417

⁴⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 101 II N. 14 = S. 412

⁴⁵⁾ Gesetz vom 28. Februar 1843 über die Benutzung der Privatflüsse

⁴⁶⁾ Herrmann, JW 1917, 39

⁴⁷⁾ RG Recht 1916 Nr. 2292 = JW 1917, 39

⁴⁸⁾ Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB

⁴⁹⁾ OLG Dresden SächsA 1913 (8), 22

so besteht der Schaden des Mühlenbesitzers in diesem Differenzbetrag, sofern ihm dieser nach Abzug der Schulden und Kosten geblieben wäre⁴⁹⁾. Wird durch eine Veränderung am Flußbett einem anderen dauernd Wasser entzogen und dadurch sein Wassergebrauchsrecht verletzt, so beginnt die Verjährung eines etwaigen Schadensersatzanspruches mit der Herrichtung dieser Anlage, wenn dem Geschädigten die Schadensursache und die Person des Schädigers bekannt sind⁵⁰⁾.

Ein weiterer Hauptfall der Verletzung des Wassergebrauchsrechts ist der, daß durch Verunreinigung das Wasser unbrauchbar gemacht wird. Der Inhaber eines Wasserbenutzungsrechts ist nicht berechtigt, durch die Art seiner Benutzung das Wasser in einen derartigen Zustand zu versetzen und abfließen zu lassen, daß der Gebrauch des Wassers anderen Wassergebrauchsberechtigten, die flußabwärts liegen, nicht mehr möglich ist (Art. 37 WG)⁵¹⁾. Dasselbe gilt für die Einbringung von festen Stoffen, die die Eigenschaften des Wassers in schädlicher Weise verändern oder auf den Wasserabfluß und Wasserstand nachteilig einwirken (Art. 38 WG). Durch diese Handlungen wird das Wassergebrauchsrecht verletzt. Der Schaden des Inhabers des Wassergebrauchsrechts kann darin bestehen, daß er das Wasser wegen seiner Verunreinigung und Unbrauchbarkeit nicht mehr zu dem von ihm beabsichtigten Zweck, etwa zur Eisgewinnung⁵¹⁾ oder zu anderen industriellen Zwecken⁵²⁾, verwenden kann. Der dem Inhaber des Wassergebrauchsrechts entstandene Gewinnausfall ist ihm zu ersetzen⁵³⁾. Im übrigen gelten für diesen Fall der Verletzung des Wassergebrauchsrechts durch Abwässerungsverunreinigung die gleichen Grundsätze, die für das Fischereirecht entwickelt wurden⁵⁴⁾.

⁴⁹⁾ OLG Dresden SächsA 1913 (8), 22

⁵⁰⁾ RG Recht 1916 Nr. 2098 = RG JW 1917, 39 (40)

⁵¹⁾ BayObLG 7, 52 = SeuffBl 71, 530 = Recht 1906 Nr. 933

⁵²⁾ Wiedemann, Betriebsschädigung durch fremde Abwässer, BB. 1950, 180

⁵³⁾ BayObLG 7, 52 = SeuffBl 71, 530 = Recht 1906 Nr. 933

⁵⁴⁾ Siehe oben S. 144 ff.

§ 15. Das Bergwerkseigentum

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

Westhoff-Schlüter, 2. Aufl. 1907 Anm. 1 zu § 54 ABG; RG 72, 303 (307); Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. 3 zu § 54 ABG; Voelkel, Grundzüge des preussischen Bergrechts 1914 S. 90; Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 122; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39; RG 110, 1 (17); Nothaas-Miesbach, Das Bayerische Berggesetz, 1927 Anm. 1 zu Art. 46 BergG = S. 74; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Fischer-Henle-Titze, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; Krefß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 S. 305 N. 16; RG 161, 203 (208); Warneyer-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 Anm. A IV zu § 823 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB; Achilles-Greiff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 c aa) und 7 g zu § 823 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 a zu § 823 BGB

1. Die Entstehung des Bergwerkseigentums

Die Vorschriften über das Bergwerkseigentum sind gemäß Art. 67 EGBGB der Landesgesetzgebung überlassen. Die beiden großen Berggesetze sind das Preussische Allgemeine Berggesetz ¹⁾ und das bayerische Berggesetz ²⁾. Beide Berggesetze stimmen in ihrem wesentlichen Inhalt überein.

Bergwerkseigentum kann nicht an allen Mineralien entstehen, sondern nur an den in den Berggesetzen aufgeführten bergrechtlichen Mineralien ³⁾. Es sind dies: Gold, Silber, Quecksilber, Eisen, Blei, Kupfer, Zinn, Zink, Kobalt, Nickel, Arsenik, Mangan, Antimon, Molybdän, Titan, Uran, Wismut, Wolfram ⁴⁾ und Schwefel, gediegen und als Erze; Alaun- und Vitriolerze; Stein- und Braunkohle; Graphit; Steinsalz mit den auf derselben Lagerstätte vorkommenden Salzen, wie Kali, Magnesia- und Borsalzen, sowie die Solquellen; Bitumen in festem, flüssigem oder gasförmigem Zustand (§ 1 ABG; Art. 1 BergG). Die Aufsuchung und Gewinnung gewisser wichtiger Mineralien (Steinsalz, Gold, Eisen- und Uranerze, Braunkohlen, Graphit und Erdöl) bleibt nach Art. 2 BergG dem Staat vorbehalten, der aber an Privatpersonen Gewinnungsrechte verleihen kann. Diese Rechte dürfen nicht mit dem Bergwerkseigentum verwechselt werden; sie gehören zu den öffentlichen Rechten und sind daher nicht in diesem Zusammenhang zu behandeln.

Die bergrechtlichen Mineralien sind vom Verfügungsrecht des Grundeigentümers ausgeschlossen (§ 1 ABG). In Art. 1 BergG ist sogar ausdrücklich erklärt, daß das Eigentum an Grund und Boden sich nicht auf die bergrechtlichen Mineralien erstreckt. Sie stehen also, solange sie sich ungebrochen auf ihrer Lagerstätte befinden, in niemandes Eigentum, sind also herrenlos ⁵⁾. Ihre Gewinnung ist Inhalt des Bergwerkseigentums. Im Gegensatz zu ihnen gehören die nichtbergrechtlichen Mi-

¹⁾ Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten v. 24. 6. 1865 (24. 9. 1937) = ABG

²⁾ Berggesetz v. 13. 8. 1910 (BayBS IV S. 136) = BergG

³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 96 = S. 387

⁴⁾ Die Worte „Molybdän, Titan, Uran, Wismut, Wolfram“ sind in das BergG eingefügt durch Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 29. 12. 1949 (GVBl. 1950 S. 40)

⁵⁾ v. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl. 1895 S. 166; Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, 1904 S. 50; Nothaas-Miesbach, Das Bayer. Berggesetz, 1927 Anm. zu Art. 1 BergG; Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 120; Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 401

neralien, also diejenigen Mineralien, die von den Berggesetzen nicht erfaßt werden, dem Grundeigentümer. Er hat also nicht nur ein Aneignungsrecht auf sie, wie Wiefels⁶⁾ behauptet, sondern gemäß § 905 BGB volles Eigentum an ihnen.

Erworben wird das Bergwerkseigentum durch Verleihung (§ 22 ff ABG; Art. 24 ff BergG). Es kann nur an Mineralien entstehen, die vom Grundeigentum ausgenommen und dem Staat nicht vorbehalten sind⁷⁾. Voraussetzung für die Entstehung des Bergwerkseigentums sind die drei Vorgänge des Schürfens, Mutens und die Verleihung des Bergwerkseigentums.

Das Schürfen ist die Aufsuchung der verleihbaren Mineralien (bergbaufreie Mineralien) auf ihren natürlichen Ablagerungen durch Bohren oder Graben (§ 3 ABG; Art. 4 BergG). Das Schürfrecht wird durch Erlaubnis des Grundeigentümers oder des Oberbergamtes erworben.

Das Muten ist das Gesuch um Verleihung des Bergwerkseigentums in einem gewissen Feld für den Fall, daß der Schürfer fündig geworden ist, also beim Schürfen Mineralien gefunden hat⁷⁾. (§§ 12, 13 ABG; Art. 14, 15 BergG). Binnen 6 Monaten nach der Mutung muß die Feldesstreckung erfolgen, d. h. das begehrte Feld angegeben werden (§ 18 ABG; Art. 19 BergG). Der Grundeigentümer hat als Finder das Vorrecht vor anderen, wenn er innerhalb einer (§ 24 Abs. 2 ABG) oder zwei (Art. 26 Abs. 2 BergG) Wochen nach der Entdeckung Mutung einlegt. In allen übrigen Fällen geht von mehreren Mutern der erste vor.

Das Bergwerkseigentum muß auf die Mutung hin verliehen werden, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 2 ABG; Art. 24 BergG). Dies ist der Fall bei Fündigkeit, bei abbauwürdigen Vorkommen und bei Feldesfreiheit, wenn keine entgegenstehenden Abbaurechte Dritter vorhanden sind. Auf die Erteilung des Bergwerkseigentums besteht dann ein Anspruch. Über die Verleihung des Bergwerkseigentums wird eine Urkunde von der Bergbaubehörde ausfertigt (§§ 32 ff ABG; Art. 35 ff BergG).

Mit der Verleihung durch das Oberbergamt wird durch hoheitlichen Akt ein bisher noch nicht vorhandenes Bergbaurecht geschaffen⁸⁾.

2. Die Rechtsnatur des Bergwerkseigentums

Das Bergwerkseigentum ist also das vom Staat verliehene Recht auf Gewinnung bergfreier Mineralien in einem bestimmten Feld. Es ist ein ausschließliches Recht, die verliehenen Mineralien in dem Grubenfeld aufzusuchen und zu gewinnen sowie die erforderlichen Förderungs- und Hilfsbaue und Aufbereitungsanlagen zu errichten (§ 54 ABG; Art. 46 BergG)⁹⁾.

Die Rechtsnatur des Bergwerkseigentums ist streitig. Im wesentlichen werden vier Ansichten über das Wesen dieses Rechts vertreten:

- a) Das Bergwerkseigentum ist wirkliches Sacheigentum¹⁰⁾. Eigentumsobjekt sind nach dieser Auffassung entweder das verliehene Grubenfeld, der Erdkörper, die Lagerstätte der Mineralien, die Kohlenflöze, Erzgänge usw. oder die in dem verliehenen Felde befindlichen Mineralien. Diese Rechtsauffassung ist diejenige des französischen Rechts (Art. 19 code des mines v. 21. 4. 1810). Mit dem Augenblick der Verleihung wird danach also ein besonderes Eigentum, „la pro-

⁶⁾ Wiefels, Sachenrecht (Boden- und Fahrnisrecht), 1953 S. 47

⁷⁾ Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 399/400

⁸⁾ Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 400; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 96 I 5 = S. 389

⁹⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 I = S. 239

¹⁰⁾ Klostermann-Fürst, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 5. Aufl. 1896 Anm. 1 zu § 50 ABG

priété de la mine", von dem Eigentum abgetrennt. In der rechtlichen Herrschaft über die unterirdischen Mineralien ist demnach der Inhalt des Bergwerkseigentums zu suchen. Es rechtfertigt sich, das Bergwerkseigentum als eine Art des körperlichen Eigentums oder zwar als ein eigentümliches Recht, jedoch dem Sacheigentum unmittelbar verwandt, zu bezeichnen. Somit unterscheidet sich nach dieser Auffassung das Bergwerkseigentum vom Grundeigentum nur noch dadurch, daß es unmittelbar nur durch Verleihung erworben werden kann¹¹⁾.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht zuzustimmen. Denn der Bergwerkseigentümer hat an dem Erdkörper nur beschränkte Befugnisse¹²⁾. Der Bergwerksbesitzer darf auf dem Felde zwar die Mineralien abbauen, nicht aber über das Feld selbst verfügen oder es bergbaufremd nutzen¹³⁾. Somit hat der Bergwerkseigentümer keine Totalherrschaft wie es das Eigentum erfordern würde. Ist das Feld abgebaut, so ist auch das Bergwerkseigentum erloschen¹⁴⁾. Aber auch an den verliehenen Mineralien besteht kein Eigentum des Bergwerkseigentümers. Vor der Verleihung des Bergwerkseigentums sind die Mineralien herrenlose Sachen. Es besteht kein Anlaß, anzunehmen, daß die Verleihung sofort Eigentum begründet. Denn die Berggesetze gestatten nur die Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien, setzen also eine Aneignungshandlung voraus. Das Eigentum erwirbt der Bergbauberechtigte erst durch die Besitznahme¹⁵⁾. Der Bergwerkseigentümer hat somit weder Eigentum an dem Boden noch an den in ihm schlummernden Mineralien¹⁶⁾.

- b) Das Bergwerkseigentum ist ein dingliches Recht an fremder Sache, nämlich an dem die Mineralien enthaltenden Grund¹⁷⁾.

Diese Auffassung übersieht jedoch, daß damit nur eine Begleiterscheinung des Bergwerkseigentums gekennzeichnet ist¹⁸⁾.

- c) Nach heute herrschender Lehre ist das Bergwerkseigentum ein Doppelrecht. Es besteht aus einem Aneignungsrecht und einem dinglichen Recht am Grundstück zu dessen Benutzung. Das Bergwerkseigentum ist nach dieser Auffassung ein privilegiertes Okkupationsrecht in Verbindung mit Befugnissen, die dem Grundeigentümer gegenüber die Ausübung des Okkupationsrechts gewährleisten¹⁹⁾. Im Ergebnis ist damit auch verwandt die Auffassung von Gierkes²⁰⁾. Seiner Auffassung nach ist zu einer Zerreißung des Bergwerkseigentums in ein Doppelrecht kein Grund vorhanden. Das Richtige sei es, anzunehmen, daß ein aus-

¹¹⁾ Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. 1909 S. 13/16

¹²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 II 1 = S. 239

¹³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I = S. 391.

¹⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I = S. 391; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 II = S. 239

¹⁵⁾ Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908 § 144 I = S. 493; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I = S. 391; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 II 2 = S. 239

¹⁶⁾ Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 401; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 3. Aufl. 1960 § 33 III b = S. 230

¹⁷⁾ v. Gerber-Cosack, System des Dt. Privatrechts, 17. Aufl. 1895 S. 168

¹⁸⁾ Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 120

¹⁹⁾ Hahn, Allgemeines Berggesetz nebst dem vollständigen Material zur Erläuterung desselben, 1865 S. 132; Sehling, Die Rechtsverhältnisse an den der Verfügung des Grundeigentümers nicht entzogenen Mineralien, 1904 S. 64; Laspeyres, Das Recht des Grundeigentümers an den seiner Verfügung entzogenen Mineralien, 1905; Haniel, Zur Lehre vom Bergwerkseigentum, 1908 S. 30; Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. 1 III zu § 50 ABG; Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 89; Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 120; Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 401

²⁰⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 II 5 = S. 240

schließliches Aneignungsrecht verliehen werde, mit dem eine Reihe von Nebenrechten verbunden sei und welches, da es entsprechend wie ein Grundstück behandelt werde, manche Besonderheiten aufweise.

Im Grunde besteht zwischen diesen beiden Auffassungen jedoch kein Unterschied. Nach beiden Lehren ist der Kern des Bergwerkseigentums ein Aneignungsrecht, und es ist dabei unerheblich, ob man die weiteren Befugnisse, die sich aus dem Bergwerkseigentum ergeben, als ein Doppelrecht oder als Nebenrechte des Bergwerkseigentums bezeichnet.

d) Nach einer 4. Auffassung²¹⁾ muß ebenso wie beim Jagdrecht unterschieden werden: das Recht am Bergwerksunternehmen sei ein Immaterialgüterrecht. Es erzeuge wie das Jagdrecht Gestaltungsrechte und Ansprüche. Gegen die Lehre vom Immaterialgüterrecht als Recht am Bergwerksunternehmen hat sich insbesondere von Gierke²²⁾ gewandt. Er bezeichnet diese Lehre als gekünstelt; sie widerspreche der allgemeinen Fassung der Gesetze und sei mit der wirklichen Lage unvereinbar. Sein Haupteinwand ist der, daß ein Recht am Unternehmen ja noch gar nicht da sei, vielmehr erst entstehe. Seiner Auffassung nach könnte man nur sagen, daß ein Recht „auf ein Unternehmen“ verliehen werde, aber schaffen müsse es erst der Beliehene.

Die Bedenken von Gierkes gegen die Auffassung, daß das Bergwerkseigentum u. a. ein Immaterialgüterrecht als Recht am Bergwerksunternehmen sei, vermögen nicht zu überzeugen. Insbesondere spricht der Einwand, daß das Recht am Bergwerksunternehmen nicht verliehen werden könne, nicht gegen diese Auffassung. Denn Wolff-Raiser²³⁾ betonen selbst, daß dieses Recht nicht schon mit der Verleihung besteht, sondern erst, wenn der Bergwerksbetrieb entstanden ist.

In Anlehnung an die Lehre Wolff-Raisers ist unter dem Bergwerkseigentum also ein Doppeltes zu verstehen. Es ist ein ausschließliches Aneignungsrecht, neben dem das Recht am Bergwerksunternehmen besteht als die Zusammenfassung aller derjenigen Rechte, die sich außer dem Aneignungsrecht aus dem Bergwerkseigentum ergeben. Das Aneignungsrecht enthält das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien²⁴⁾. Es besteht nur an den Mineralien, die in der Verleihungsurkunde bezeichnet sind (§ 54 Abs. 1 ABG; Art. 46 Abs. 1 BergG)²⁵⁾. Das Bergwerkseigentum ist demnach in seinem Kern noch kein Recht an den abzubauenen Mineralien, sondern ein Recht auf die Aneignung bestimmter Mineralien. Das Aneignungsrecht erstreckt sich nicht auf eine bestimmte Lagerstätte, sondern auf alle in der Verleihungsurkunde benannten Mineralien, soweit sich diese innerhalb des Bergwerksfeldes auf ihrer natürlichen Ablagerung befinden²⁶⁾. Streitig ist die Frage, ob sich das Aneignungsrecht auf die in Halden befindlichen Mineralien erstreckt. Halden sind die An- oder Aufhäufung von Massen, die in Gruben- oder Tagebauen gewonnen und zutage gefördert werden oder von tauben Gesteinen und wertlosen Produkten, wie sie im Bergbau und beim Verschmelzen der Erze gewonnen und gestürzt werden. Nach der Auffassung des BGH²⁷⁾ unterliegen dem bergrechtlichen Aneignungsrecht (Gewinnungsrecht) die Mineralien nur auf ihrer natürlichen Ablagerung, soweit sie nicht auf der Halde eines Bergbaues liegen, der

²¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I = S. 392

²²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 II 4 = S. 240

²³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I N. 7 = S. 392

²⁴⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 89

²⁵⁾ Mang-Hofmann, Verwaltungsverfahren in Bayern, 1952 Bd. II S. 401

²⁶⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 101 II 1a = S. 433/434; Klostermann-Thielmann, 6. Aufl. 1911 Anm. 1 III zu § 50 ABG; Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 89

²⁷⁾ BGH 17, 223 = NJW 1955, 1186

vor der jetzigen Verleihung umgegangen ist. Die natürliche Ablagerung des Minerals sei nicht nur die Voraussetzung für das Schürfen, die Mutung und die Verleihung, sondern eine das Bergrecht tragende, grundlegende Voraussetzung dafür, daß die Mineralien überhaupt dem Bergrecht nach § 1 ABG unterstehen und auch dem Gewinnungsrecht des § 54 ABG unterliegen. Eine der grundlegenden Erwägungen des BGH²⁷⁾ geht dahin, daß das einmal vom Bergwerkseigentümer bei der Trennung des Minerals von seiner natürlichen Lagerstätte ausgeübte Gewinnungs- und Aneignungsrecht mit dem Erwerb des Sacheigentums am Fördergut durch den Bergbautreibenden untergehe und auch später unter keinen Umständen — auch nicht bei der Aufgabe des Sacheigentums — wieder auflebe. Diese Ausführungen des BGH sind mit Recht angegriffen worden. Grundsätzlich erstreckt sich das Aneignungsrecht des Bergbauberechtigten nach § 54 Abs. 2 ABG = Art. 46 Abs. 2 BergG auf die innerhalb des Feldes befindlichen Halden eines früheren Bergbaus. Es besteht kein Anlaß, diese Bestimmung einschränkend dahin auszulegen, daß unter einem früheren Bergbau nur ein solcher zu verstehen sei, der vor der Verleihung des jetzigen Bergwerkseigentums bestanden habe. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt diese Vorschrift nicht für Halden des jetzigen Bergwerkseigentümers, der das Eigentum an ihnen aufgegeben habe. Anderer Ansicht als der BGH sind insbesondere Isay²⁸⁾ und Feuth²⁹⁾. Nach deren Auffassung besteht das bergrechtliche Aneignungsrecht fort, da bei einer Verneinung wertvolle Halden-Mineralien u. U. von niemandem mehr gewonnen werden dürften. Das vom BGH angenommene Aneignungsrecht eines Grundeigentümers an derelinquierten Halden stehe im Widerspruch zu den §§ 1 und 2 ABG. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Denn § 1 ABG schließt jedes Verfügungsrecht des Grundeigentümers an den in Betracht kommenden Mineralien schlechthin aus. Außerdem hätte nicht nur der Grundeigentümer ein Aneignungsrecht an den derelinquierten Halden, sondern diese würden gemäß § 958 Abs. 1 BGB der freien Aneignung unterliegen, so daß sie sich jeder Dritte, der den Besitz an einem mit Halden bedeckten Grundstück ausübt, aneignen könnte²⁹⁾. Dieses Ergebnis, daß also jedermann aneignungsberechtigt wäre, führt offensichtlich zu eigenartigen Konsequenzen. Hinzukommt, daß demnach jedermann, zumindest der Grundeigentümer des mit Halden bedeckten Grundstücks, zivilrechtlich gesehen bergbautypische Tätigkeiten, nämlich die Gewinnung und Aufbereitung von Mineralien, ausüben kann, ohne Bergwerkseigentümer zu sein. Auch die Gewinnung und Aufbereitung von Halden-Mineralien kann in technischer Hinsicht Einrichtungen und Verfahren erfordern, wie sie im Bergbau üblich sind²⁹⁾.

Infolgedessen erstreckt sich das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers auf alle verliehenen Mineralien, soweit sich diese innerhalb des Bergwerksfeldes auf ihrer natürlichen Ablagerung oder in Bergwerkshalden befinden³⁰⁾. Lediglich solange die Bergwerkshalden (Halden des eigenen Bergbaus) im Sacheigentum des Bergbauberechtigten stehen, unterliegt das in ihnen noch vorhandene, verliehene Mineral keinem bergrechtlichen Aneignungsrecht. Sobald es aber aus irgendeinem Grunde herrenlos wird, untersteht es nach wie vor dem Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers. Hängen die verliehenen Mineralien innerhalb der Grenzen des Feldes mit anderen bergrechtlichen Mineralien so eng zusammen, daß sie aus bergtechnischen oder bergpolizeilichen Gründen gemeinschaftlich gewonnen werden müssen, so hat der Bergwerkseigentümer, wenn sie noch unverliehen sind, ein Mutungsvorrecht (§ 55 ABG = Art. 47 BergG). Steht das Recht zur Gewinnung

²⁷⁾ BGH 17, 223 = NJW 1955, 1186

²⁸⁾ Isay, Das Recht zum Abbau alter Halden, Glückauf 1931, 136 ff., 712

²⁹⁾ Feuth, NJW 1955, 1186 (1187)

³⁰⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 89

verschiedener Mineralien innerhalb derselben Feldesgrenzen verschiedenen Bergwerkseigentümern zu, so hat jeder das Recht, bei einer planmäßigen Gewinnung seines Minerals auch das des anderen Bergwerkseigentümers insoweit mitzugewinnen, als diese Mineralien aus bergtechnischen oder bergpolizeilichen Gründen nicht getrennt gewonnen werden können (§ 56 ABG = Art. 48 BergG). Der Bergwerkseigentümer hat also insoweit ein vorläufiges Aneignungsrecht³¹⁾. Ferner besteht das Aneignungsrecht hinsichtlich solcher nichtbergrechtlicher Mineralien, die durch den Betrieb des Bergwerks gewonnen werden. Der Bergwerkseigentümer darf sie unentgeltlich für seinen Betrieb verwenden; soweit er sie nicht verwendet, hat der Grundeigentümer gegen ihn einen Bereicherungsanspruch gegen Kostenersatzung (§ 57 ABG = Art. 49 BergG). Das Eigentum an diesen mitgewonnenen, aber nicht verleihbaren Grundeigentümermineralien erwirbt der Bergwerkseigentümer auch dann, wenn er zu ihrer Herausgabe an den Grundeigentümer verpflichtet ist³²⁾.

Neben dem Aneignungsrecht besteht eine Reihe weiterer Befugnisse des Bergwerkseigentümers, die als Recht am Bergwerksunternehmen zusammengefaßt werden sollen. Der Bergwerkseigentümer hat ein Recht auf entgeltliche Benutzung der Grundstücke, auf und unter denen das verliehene Feld liegt. Er darf das Grundstück jedoch nur zu den Zwecken benutzen, die für die Gewinnung der Mineralien erforderlich sind³³⁾. Insbesondere darf der Bergwerkseigentümer alle zur Aufsuchung und Gewinnung der Mineralien erforderlichen Vorrichtungen, nämlich Förderungs- und Hilfsbaue, unter und über Tage errichten (§§ 54, 60 ABG = Art. 46, 52 BergG). Außerdem hat der Bergwerkseigentümer das Recht, die zur Aufbereitung seiner Bergwerkserzeugnisse erforderlichen Anstalten zu errichten und zu betreiben. Diese Aufbereitungsanstalten dienen dazu, durch chemische Mittel die Mineralien vom tauben Gestein zu sondern³⁴⁾. Das Benutzungsrecht des Bergwerkseigentümers ist seiner Natur nach nicht auf die Minerallagerstätte beschränkt, sondern auch auf Benutzung des in erster Linie dem Verfügungsrecht des Grundeigentümers unterliegenden Teiles des Erdkörpers unter der Tagesoberfläche gerichtet. Der Bergwerkseigentümer darf das Grundstück durchfahren, um zu der Minerallagerstätte zu gelangen, und aus dieser heraus Strecken treiben, um andere Ablagerungen zu erreichen³⁵⁾. Daneben hat der Bergwerkseigentümer ein Recht auf Grundabtretung gegen den Grundeigentümer für Bergbauzwecke gegen Entschädigung. Es handelt sich dabei nicht um die Übertragung des Eigentums, sondern nur um die Überlassung der Benutzung. Das Benutzungsrecht wirkt ohne Eintragung im Grundbuch dnglich (§§ 135 ff ABG = Art. 178 ff BergG)³⁶⁾.

Das Bergwerkseigentum ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich daraus, daß das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers, welches den Kern des Bergwerkseigentums bildet, auf die Mineralien ein ausschließliches Recht gewährt. Es hat somit absolute Wirkung gegenüber jedem Dritten³⁷⁾, so daß keine Bedenken bestehen, es zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Das gleiche gilt für das Recht am Bergwerksunternehmen, also für die Zusammenfassung aller derjenigen Rechte, die sich aus dem Bergwerkseigentum ergeben. Das Bergwerkseigentum ist somit seiner rechtlichen Natur nach den anderen beiden ausschließlichen Aneignungsrechten (Jagd- und Fischereirecht)

³¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I 1 = S. 392

³²⁾ BGH 17, 223 = NJW 1955, 1186

³³⁾ Mang-Hofmann, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952 Bd. II S. 401

³⁴⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 I 1 = S. 239

³⁵⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 91

³⁶⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 71 V 2 = S. 241

³⁷⁾ Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. I III zu § 50 ABG = S. 91

verwandt. Die für diese Rechte entwickelten Grundsätze gelten daher im wesentlichen auch für das Bergwerkseigentum.

3. Die Verletzung des Bergwerkseigentums

Verletzbar ist das Bergwerkseigentum grundsätzlich durch jedermann.

Der Grundfall der Verletzung des bergrechtlichen Aneignungsrechts ist die vorsätzliche oder fahrlässige Gewinnung fremder Mineralien³⁸⁾. Das Aneignungsrecht übt der Bergwerkseigentümer durch Ergreifung des Eigenbesitzes aus. Der losbrechende Bergmann verschafft ihm als Besitzdiener Eigenbesitz und Eigentum³⁹⁾. Durch die rechtswidrige Aneignung von Mineralien kann weder derjenige, der sie sich aneignet, noch der Bergbauberechtigte Eigentümer werden⁴⁰⁾. Das Aneignungsrecht besteht an den Mineralien, die ein Unbefugter entnommen hat, so lange bis sie in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers gelangen (§ 932 BGB)⁴¹⁾. Dem Erwerb durch unbefugte Dritte steht § 958 Abs. 2 BGB entgegen⁴²⁾. Verletzt wird das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers durch jede Wegnahme anstehender verliehener Mineralien. Die Verletzung des Aneignungsrechts dauert so lange fort, wie die entwendeten Mineralien dem Bergwerkseigentümer entzogen sind. Daher verletzt der Fehler, der solche Mineralien erwirbt, das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers.

Sehr leicht kann fremdes Bergwerkseigentum durch Überschreitung der Grenzen des Grubenfeldes, insbesondere unter Tage, verletzt werden. Besondere Probleme ergeben sich bei der Verleihung von Längenfeldern und Vierungen nach altem preußischen Bergrecht. Entscheidend ist dabei die Auslegung der Belehnungsurkunde⁴³⁾. Die Vierung ist der durch zwei in einem bestimmten Abstand von den seitlichen Begrenzungsflächen der Lagerstätte gelegte, diesen Flächen parallel laufende Ebenen eingeschlossene Raum, um welchen das Grubenfeld über den Körper der Lagerstätte hinaus in die Breite erweitert wurde⁴⁴⁾. Das Recht, in diesem Raum Bergbau zu treiben, ist eine mit dem verliehenen Gang oder Flöz von Rechts wegen verbundene und in der Bergbauberechtigung inbegriffene Gerechtsame⁴⁵⁾. Die Vierung stellt somit eine gesetzliche Zugabe zu der verliehenen Lagerstätte dar. Als solche findet sie ihre Grenzen in dem Tiefsten des Fundflözes, und zwar auch auf allen anderen in die Vierung fallenden Flözen⁴⁶⁾. Überschreitet ein Bergwerkseigentümer diese Grenzen, so verletzt er fremdes Bergwerkseigentum.

Für diese Tatbestände finden sich auch besondere strafrechtliche Bestimmungen. In Preußen ist das Gesetz über die Bestrafung unbefugter Gewinnung oder Aneignung von Mineralien vom 26. 3. 1856⁴⁷⁾ und in Bayern die Art. 271, 272 BergG einschlägig. In diesen Bestimmungen wird das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers unter strafrechtlichen Schutz gestellt. Das unbefugte Wegnehmen und die unberechtigte Entziehung noch nicht gewonnener verliehener Mineralien werden mit Geld- oder Gefängnisstrafe bedroht⁴⁸⁾. Die Strafandrohung für Diebstahl und

³⁸⁾ RG 110, 1 (17)

³⁹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I 1 = S. 392

⁴⁰⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 91

⁴¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 97 I 1 = S. 392

⁴²⁾ Müller-Erzbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 121

⁴³⁾ RG 110, 1 (8)

⁴⁴⁾ Veith, Bergwörterbuch, Stichwort Vierung

⁴⁵⁾ Achenbach, Das gemeine deutsche Bergrecht, Bd. I 1871 S. 241, 251

⁴⁶⁾ RG 110, 1 (10)

⁴⁷⁾ Preußisches Gesetzbuch, Sammlung preußischer Gesetze, herausgegeben von Maraun, 12. Aufl. 1900

⁴⁸⁾ Hense, Der Haldenkohlendiebstahl, ZfBgr 36 (1895), 91; Fritsch, Zum Haldenkohlendiebstahl, ZfBgr 44 (1903), 348

Unterschlagung versagt hier, weil sie nur die Zueignung fremder Sachen trifft, während die unberechtigte Entziehung bergfreier Mineralien als Eingriff in das verliehene Okkupationsrecht strafbar ist⁴⁹⁾. Dabei macht den Bergbautreibenden, abweichend von sonstigen strafrechtlichen Grundsätzen, auch ein bloß fahrlässiges Überschreiten seines Feldes und Verletzen fremden Aneignungsrechts strafbar (§ 3 des Gesetzes vom 26. 3. 1856; Art. 272 Abs. 1 BergG).

Bei der Berechnung des Schadens, der dem Bergwerkseigentümer durch unbefugte Wegnahme verliehener Mineralien entstanden ist, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Im Gegensatz zum Jagd- und Fischereirecht steht es fest, daß der Bergwerkseigentümer die ihm verliehenen Mineralien auch gewinnen wird. Es ist ihm also in jedem Fall ein Schaden entstanden. Der Schadensersatzanspruch ist gemäß § 249 BGB zunächst auf Herausgabe der Mineralien gerichtet, soweit dies noch möglich ist⁵⁰⁾. Wenn die Herausgabe der unberechtigt gewonnenen Mineralien nicht möglich ist, weil der Täter sie nicht mehr in Besitz hat, kann der Bergwerkseigentümer gemäß § 251 BGB Geldentschädigung verlangen. Dies gilt besonders gegenüber Mittätern und Hehlern (§§ 830, 840 BGB). Sie haften als Gesamtschuldner. Außerdem kann der Bergwerkseigentümer den Ersatz des Gewinns verlangen, den er beim Verkauf der Mineralien hätte erzielen können (§ 252 BGB). Von der Höhe des Schadensbetrages sind diejenigen Auslagen und Aufwendungen abzusetzen, die der Bergwerkseigentümer erspart hat; hierher gehören also die Förderungskosten, die er sich anrechnen lassen muß. Eine Verpflichtung desjenigen zur Rechnungslegung, der fremde Mineralien auf fremdem Grubenfeld abgebaut hat, besteht nicht. Die Rechenschaftspflicht, die in § 259 BGB vorausgesetzt ist, besteht nur da, wo sie vom Gesetz für das entsprechende Rechtsverhältnis bereits vorgesehen ist. Eine allgemeine Pflicht zur Rechenschaftslegung folgt insbesondere noch nicht aus einer gegebenen Pflicht zum Schadensersatz⁵¹⁾. Auch der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche besorgt, die zugleich eigene und fremde sind⁵²⁾, kann hier keine Anwendung finden. Denn es fehlt jeder Anhalt dafür, daß derjenige, der fremdes Bergwerkseigentum für sich in Anspruch nimmt, bei einer Ausbeutung andere als ausschließlich seine eigenen Geschäfte besorgt hat⁵³⁾. Demgemäß wird allgemein die Verpflichtung desjenigen, der zu Unrecht geförderte Mineralien herauszugeben hat, zur Rechnungslegung nach § 259 BGB verneint⁵⁴⁾. Jedoch ist derjenige, der ein fremdes Grubenfeld ausgebeutet hat, gemäß § 260 BGB verpflichtet, ein Verzeichnis des Bestandes der durch den ungerichtfertigten Bergbau erlangten Vermögensvorteile vorzulegen⁵⁵⁾.

Problematisch ist die Frage des Rechtsirrtums bei der Überschreitung des Grubenfelds unter Tage. Es ist rechtlich unbestritten, daß ein Rechtsirrtum ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB ausschließen kann. Dies gilt aber nur, wenn er entschuldbar ist, d. h. wenn der Handelnde bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine schädigende Handlung sei erlaubt⁵⁶⁾. An die Sorgfaltspflicht eines Bergbautreibenden

⁴⁹⁾ Oertmann, Bayer. Landesprivatrecht, 1903 § 101 II 1a = S. 434; Dernburg, Das Sachenrecht des Dt. Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908 § 144 I = S. 493; Müller-Erbach, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1917 S. 123

⁵⁰⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 90

⁵¹⁾ Palandt-Danckelmann, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 259 BGB

⁵²⁾ RG 73, 288

⁵³⁾ RG 110, 1 (16)

⁵⁴⁾ Westhoff-Schlüter, 2. Aufl. 1907 Anm. 1 zu § 54 ABG; Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. 3 zu § 54 ABG; RG 110, 1 (16)

⁵⁵⁾ RG 110, 1 (16)

⁵⁶⁾ RG 73, 337; 86, 286 (289); 110, 1 (16)

sind aber im Einzelfall besonders hohe Anforderungen zu stellen. Dies ergibt sich aus § 3 Abs. 1 des preußischen Gesetzes vom 26. 3. 1856 und Art. 272 Abs. 1 BergG, wonach auch die fahrlässige Überschreitung der Grenzen des Grubenfeldes eines Bergwerkseigentümers mit Strafe bedroht ist. Die bloße Zweifelhaftheit der Grenzen eines Grubenfeldes berechtigt den Bergwerkseigentümer nicht zum Abbau der Mineralien und zur Vornahme der damit verbundenen schädigenden Handlung, da er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß seine Rechtsauffassung unrichtig ist. Diese Möglichkeit wird dann noch verstärkt, wenn wegen der Grenzüberschreitung Klage gegen den Bergwerkseigentümer erhoben wird. Setzt dieser die Handlung trotzdem auf die Gefahr seines Unterliegens in dem Rechtsstreit fort, so kann er sich für den Fall, daß er den Prozeß verliert, von der Zeit ab Klagezustellung nicht mehr auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen. Der Verletzer haftet dann auf jeden Fall nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz⁵⁷⁾.

In der Gewinnung und Aneignung nicht verliehener Mineralien kann außer der Verletzung des bergrechtlichen Aneignungsrechts auch ein Eingriff in das Recht am Bergwerksunternehmen liegen. Dieses Recht wird stets dann verletzt, wenn durch den Eingriff die Ausübung eines einzelnen von den Rechten, die sich außer dem Aneignungsrecht aus dem Bergwerkseigentum ergeben, erschwert oder unmöglich gemacht wird und dadurch der Wert des Bergwerkseigentums sich vermindert. Wenn jemand in einem fremden Grubenfeld unberechtigt Mineralien abbaut, so schädigt er den Bergwerkseigentümer nicht nur durch die Verletzung des Aneignungsrechts. Vielmehr entsteht diesem noch ein weiterer Schaden dadurch, daß der Wert z. B. der noch anstehenden Kohlenmengen in seinem Grubenfeld infolge der Wegnahme von Mineralien gemindert ist. Außerdem ist es möglich, daß sich die von dem Bergwerkseigentümer zur Gewinnung der noch vorhandenen restlichen Mineralien zu errichtenden Anlagen und Vorrichtungen nicht mehr amortisieren können, weil sie sich nach dem Abbau der noch vorhandenen Restmineralien noch nicht bezahlt gemacht haben werden. Dadurch erhöhen sich die Förderungskosten. Auch dieser Schaden einschließlich der Wertminderung ist dem betroffenen Bergwerkseigentümer zu ersetzen⁵⁷⁾. Ferner wird das Recht am Bergwerksunternehmen durch die Ausführung von bergbaulichen Anlagen im Grubenfeld des Bergwerkseigentümers verletzt, unabhängig davon, ob der Grundeigentümer selbst oder ein Dritter die Anlagen errichtet. Die Verletzung ist nur dann ausgeschlossen, wenn diesem ein besonderes Recht an anderen Mineralien, die in denselben Feldesgrenzen vorkommen, oder ein Hilfsbaurecht zusteht⁵⁸⁾. In Übereinstimmung damit macht sich nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 26. 3. 1856 und Art. 271 BergG derjenige strafbar, der ohne Befugnis bergbauliche Anlagen zur Gewinnung von Mineralien errichtet. Wenn der Täter die mittels der Anlage gewonnenen Mineralien wegnimmt, verletzt er das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers. Der Bergwerkseigentümer kann von jedem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen und bei Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen auf Unterlassung klagen, es sei denn, daß er zur Duldung verpflichtet ist⁵⁸⁾. Dieser Unterlassungsanspruch des Bergwerkseigentümers richtet sich gegen jeden unberechtigten Eingriff in das Bergwerkseigentum, insbesondere die Aufsuchung und Gewinnung von Mineralien oder die Errichtung von Bergwerksanlagen⁵⁹⁾. Daneben steht ihm auch bei Verletzung seines Rechts am Bergwerksunternehmen ein Schadensersatzanspruch zu.

⁵⁷⁾ RG 110, 1 (16/18)

⁵⁸⁾ Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. 3 zu § 54 ABG

⁵⁹⁾ Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, 1914 S. 90

Zum Bergwerkseigentum gehören körperliche Sachen als Bestandteile und Zubehör, soweit diese nicht sogar im Eigentum des Bergwerkseigentümers stehen. Das Bergwerkseigentum findet seinen praktischen Niederschlag und seine Auswirkung im Bergwerk selbst. Infolgedessen sind auf diesen Inbegriff von Bergwerkseigentum und Bergwerk auch die Begriffe Bestandteil und Zubehör anzuwenden⁶⁰⁾. Daß dies dem allgemeinen Inhalt der Berggesetze entspricht, findet seine Bestätigung in § 60 Abs. 3 ABG = Art. 52 ff BergG, wo der Hilfsbau als Bestandteil des berechtigten Bergwerks bezeichnet wird. Außerdem wird das Bergwerkseigentum nach § 50 ABG = Art. 44 BergG wie ein körperlicher Gegenstand behandelt, indem für das Bergwerkseigentum die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB für anwendbar erklärt werden, soweit sich nicht aus dem Berggesetz ein anderes ergibt. Das Bergwerkseigentum in seiner wirtschaftlichen Ausübung im Bergwerk kann nicht ohne körperliche Sachen als Bestandteile und Zubehör bestehen. Jedes Unbrauchbarmachen, Beschädigen, Entziehen und Entfernen von Bestandteilen der Bergwerksanlage stellt eine Verletzung des Bergwerkseigentums bzw. des Rechts am Bergwerksunternehmen dar, soweit diese Bestandteile nicht sogar Eigentum des Bergbauberechtigten sind. Insbesondere sind die Schachtanlagen und unterirdischen Zugangsstrecken des Bergwerks wesentliche Bestandteile des Bergwerkseigentums⁶¹⁾. Diese Schachtanlagen können durch Verschüttungen, Einstürze, Senkungen, Risse, Wasserzuführungen usw. beschädigt werden. Hauptsächlich kommen derartige Einwirkungen im Verhältnis zweier benachbarter Bergwerkseigentümer in Betracht. Die in § 148 ABG = Art. 206 BergG für Beschädigungen des Grundeigentums mit Zubehör bestimmte Schadensersatzpflicht des Bergwerksbesitzers gilt nicht für Beschädigungen fremden Bergwerkseigentums⁶²⁾. Dies folgt aus dem Wortlaut der Bestimmungen, in denen nur vom Schaden am Grundeigentum die Rede ist. Eine entsprechende Anwendung auf das Verhältnis zweier Bergwerksbesitzer untereinander ist nicht zulässig, weil die engen Haftungsvoraussetzungen des Gesetzes ausdrücklich gewollt sind. Der Bergwerksbesitzer haftet dem benachbarten Bergwerkseigentümer also nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten. Die Berggesetze geben aber jedem Bergwerkseigentümer das unbeschränkte Ausbeuterecht für die verliehenen Mineralien in den gegebenen Feldesgrenzen. Wer diese Grenzen überschreitet und dabei fremde Schachtanlagen zum Einsturz bringt oder Abwässer in ein fremdes Bergwerk leitet, verletzt rechtswidrig das Recht am Bergwerksunternehmen. Dagegen handelt nicht rechtswidrig, wer sich mit seinem Abbau in den Grenzen seines eigenen Abbaurechts hält, auch wenn dieser Abbau für den benachbarten Bergwerkseigentümer schädlich ist⁶³⁾. Das Handeln innerhalb der eigenen Berechtigung wird nicht dadurch widerrechtlich, daß schädliche Einwirkungen daraus auf Nachbarmfelder vorauszusehen sind⁶⁴⁾. Der Bergwerkseigentümer ist nicht verpflichtet, Handlungen in seinem Grubenfeld zu unterlassen, die mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit die Gefahr schädlicher Einwirkungen auf die Bergwerks- und Schachtanlagen des benachbarten Bergwerksbesitzers nach sich ziehen. Dies beruht auf der Natur des Bergbaus mit seinen unvermeidlichen Schädigungen und Gefährdungen sowohl des Oberflächengrundeigentums als auch des benachbarten Bergwerkseigentums. Gefahren sind mit

⁶⁰⁾ Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 6. Aufl. 1911 S. 142; RG 161, 203 (205/206)

⁶¹⁾ RG 161, 203 (206)

⁶²⁾ Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 6. Aufl. 1911 S. 410; RG 161, 203 (207)

⁶³⁾ RG 161, 203 (208)

⁶⁴⁾ RG 72, 303 (307/308); RG 161, 203 (208)

Bergwerksanlagen entsprechend der Natur des Bergbaubetriebes regelmäßig verbunden, die die Nachbarn im Bergwerkseigentum auf Grund des Nebeneinanderbestehens notwendigerweise hinnehmen müssen. Der Bergbau wäre unerträglich gehemmt, wenn er da haltmachen müßte, wo mit einer Gefährdung anderen Bergwerkseigentums zu rechnen ist. Infolgedessen liegt darin keine Verletzung fremden Bergwerkseigentums, daß ein Bergwerksbesitzer Abdämmungen anlegt, um den Wasserzufluß zu seinem Grubenfeld zu hindern, und dabei das Wasser in das benachbarte Feld fließt⁶⁴⁾. Darin liegt keine rechtswidrige Handlung des Bergwerkseigentümers. Ebenso liegt keine rechtswidrige Verletzung fremden Bergwerkseigentums vor, wenn der Nachbar bei seinem Abbau Stollen des benachbarten Bergwerkseigentümers beschädigt und zum Einsturz bringt, sofern er sich im Rahmen des ihm verliehenen Abbaurechts hält⁶⁵⁾. Jedoch kann auch ein Handeln im Rahmen des verliehenen Rechts unter Umständen rechtswidrig sein, wenn im Einzelfall ein rücksichtsloses Vorgehen mit schuldhafter Gefährdung allgemein wichtiger Belange eines einzelnen um geringwertiger eigener Vorteile willen vorliegt⁶⁵⁾. Insbesondere handelt der Bergwerkseigentümer widerrechtlich, wenn er den Rahmen des Betriebsplanes nach § 67 ABG = Art. 70 BergG überschreitet oder sich nicht an die aufsichtlichen Maßnahmen der Bergbehörden über ober- und unterirdische Baue hält. Dieser Aufsicht unterliegen nach § 196 ABG = Art. 253 BergG auch die möglichste Sicherheit der Baue, der Schutz gegen gemeinschädliche Einwirkungen des Bergbaues sowie die zur Aufsuchung, Gewinnung, Förderung und Aufbereitung erforderlichen Anstalten. Eine Entschädigungspflicht nach § 26 GewO kommt gemäß § 6 GewO für das Bergwesen nicht in Betracht.

Problematisch ist die Verletzung des Bergwerkseigentums durch den Grundeigentümer, da seine Rechte mit denen des Bergwerkseigentümers kollidieren, wenn z. B. der Grundeigentümer beim Abteufen eines Brunnens oder bei einer Ausschachtung zur Gewinnung nicht verleihbarer Mineralien eine Lagerstätte verleihbarer Mineralien im verliehenen Felde angreifen muß⁶⁶⁾. In diesem Fall liegt keine rechtswidrige Verletzung des Bergwerkseigentums bzw. des bergrechtlichen Aneignungsrechts vor. Denn der Grundeigentümer kann gemäß § 903 BGB mit den Mineralien als Bestandteilen seines Grundstücks nach Belieben verfahren, allerdings nur, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Als solches Recht kommt das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers in Betracht. Wo der Grundeigentümer die Lagerstätte verleihbarer Mineralien angreift, nicht um sich die Mineralien anzueignen, sondern um die Mineralien, die sich ihm bei Ausübung seiner Rechte störend entgegenstellen, zu entfernen, verletzt er nicht rechtswidrig das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers. Dieser hat insoweit also auch kein Untersagungsrecht gegenüber dem Grundeigentümer⁶⁷⁾. Allerdings hat er die von der natürlichen Ablagerung verleihbaren Mineralien dem Bergwerkseigentümer auf dessen Verlangen herauszugeben, und zwar ohne Erstattung der Gewinnungs- und Förderungskosten, weil der Grundeigentümer die Grabungsarbeiten sowieso vorgenommen hätte⁶⁷⁾. Ohne Einverständnis des Bergwerkseigentümers darf er über die geförderten fremden Mineralien nicht verfügen. Nur wenn sich der Grundeigentümer die so gewonnenen Mineralien aneignet oder darüber verfügt, verletzt er das Aneignungsrecht des Bergwerkseigentümers. Er ist diesem dann gemäß § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig.

⁶⁴⁾ RG 72, 303 (307/308); RG 161, 203 (208)

⁶⁵⁾ RG 161, 203 (208/209)

⁶⁶⁾ Arndt, Über Mitgewinnung von Bergwerksmineralien durch den Grundeigentümer, Glückauf 1910, 685; Lohmann, Die rechtmäßige Gewinnung bergfreier und fremder Mineralien, Glückauf 1910, 761

⁶⁷⁾ Klostermann-Thielmann, Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten, 6. Aufl. 1911 Anm. 3 zu § 54 ABG

7) Aneignungsrechte an fremden Sachen

In beschränktem Umfang gibt es Aneignungsrechte an fremden Sachen, und zwar hauptsächlich hinsichtlich solcher Sachen, die wesentliche Bestandteile einer fremden Sache gewesen und von ihr getrennt sind¹⁾. Daneben gibt es landesrechtlich ein Aneignungsrecht an fremden Tauben.

§ 16. Aneignungsrechte an fremden Sachen nach dem BGB

1. Das Recht des Grundeigentümers aus § 910 BGB bei Überhang und Überwuchs

Nach § 910 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches, die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das gleiche gilt von herüberraagenden Zweigen, wenn der Eigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt. Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung seines Grundstücks nicht beeinträchtigen (§ 910 Abs. 2 BGB). Der Eigentümer kann also nur die herüberraagenden und ihn belästigenden Zweige und Wurzeln abschneiden und behalten. In der Gewährung des Behaltens liegt ein Aneignungsrecht an einer fremden Sache²⁾. Der Eigentümer erwirbt bei zulässiger Abtrennung das Eigentum an dem abgetrennten Holz³⁾. Der Eigentumserwerb erfolgt durch Besitzergreifung nach der Trennung, wobei Trennung und Aneignung äußerlich fast stets zusammenfallen⁴⁾.

Dieses Aneignungsrecht wirkt als Ausfluß des Eigentums gegenüber jedermann⁵⁾. Trotzdem ist es kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, weil es von niemandem verletzt werden kann. Der Eigentümer des Nachbargrundstücks kann es nicht verletzen. Er hat jederzeit das Recht, hinüberwachsende Zweige und Wurzeln abzuschneiden; bei den Zweigen darf er dies auch noch nach fruchtlosem Ablauf der ihm von dem beeinträchtigten Nachbarn gesetzten Frist tun, ohne daß der beeinträchtige Grundstückseigentümer ein Recht darauf hätte, die von dem Eigentümer des Baumes abgeschnittenen Zweige des Baumes zu behalten⁶⁾. Das Recht des Baumeigentümers, auch nach Ablauf der Frist die Zweige noch abzuschneiden zu dürfen, folgt aus seinem Eigentum. Er kann also dadurch das Aneignungsrecht des Nachbarn niemals verletzen. Aber auch ein Dritter kann das Aneignungsrecht des beeinträchtigten Grundeigentümers nicht verletzen, da dieser vor der Abtrennung noch kein Recht auf die Zweige hat. Das Recht, das ab-

¹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 8 III = S. 172; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I = S. 293

²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 27 III = S. 73

³⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 910 BGB

⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I = S. 293; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 37, 3 = S. 105

⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 1 = S. 293; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 37, 3 = S. 105; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1. Halbbd. 1959 § 79 II 2 = S. 461

⁶⁾ Schober, Mängel in der Fassung des Bürgerl. Gesetzbuchs außersprachlicher und sprachlicher Art, Gruch 65, 540 (566/567)

getrennte Holz behalten zu dürfen, erscheint vielmehr als Vergütung für die Mühe und Arbeit, welche die Abtrennung erfordert⁷⁾. Wenn also ein Dritter auch nach Ablauf der Frist den Überhang oder Überwuchs abschneidet, verletzt er nicht das Aneignungsrecht des beeinträchtigten Grundeigentümers, sondern nur das Eigentum bzw. den Besitz des Baumbesitzers.

2. Wegnahme- und Aneignungsrechte hinsichtlich verbundener wesentlicher Bestandteile

Das BGB kennt Wegnahme- und Aneignungsrechte hinsichtlich wesentlicher Bestandteile in verschiedener Ausgestaltung. In allen Fällen erfolgt der Eigentumserwerb durch einseitige Besitzergreifung nach der Trennung, wobei äußerlich allerdings Besitzergreifung und Trennung meistens zusammenfallen⁸⁾.

Im Falle der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer beweglichen oder unbeweglichen (§§ 946, 947 BGB) kennt das Gesetz außer dem Vergütungsanspruch ein Wegnahmerecht. So dürfen gewisse Personen eine Einrichtung⁹⁾, d. h. eine Sache, die einer anderen körperlich hinzugefügt ist, wobei es unerheblich ist, ob sie Bestandteil oder gar wesentlicher Bestandteil geworden ist, bedingungslos wieder wegnehmen¹⁰⁾. Dieses unbedingte Wegnahmerecht hinsichtlich einer Einrichtung, mit der sie die Sache versehen haben, steht zu: dem Wiederverkäufer (§ 500 BGB), dem Mieter (§ 547 Abs. 2 S. 2 BGB), dem Pächter (§§ 581 Abs. 2, 547 Abs. 2 S. 2 BGB), dem Entleiher (§ 601 Abs. 2 S. 2 BGB), dem Nießbraucher (§ 1049 Abs. 2 BGB), dem Wohnungsberechtigten (§§ 1093 Abs. 1 S. 2, 1049 Abs. 2 BGB), dem Pfandgläubiger (§ 1216 S. 2 BGB) und dem Vorerben (§ 2125 Abs. 2 BGB)¹¹⁾. Ist die verbundene Einrichtung wesentlicher Bestandteil der Sache geworden, so enthält das Wegnahmerecht sowohl ein Trennungs- wie ein Aneignungsrecht hinsichtlich der abgetrennten fremden Sache, da die Einrichtung als wesentlicher Bestandteil gemäß §§ 93, 946, 947 Abs. 2 BGB Eigentum des Inhabers der Hauptsache geworden ist. Durch die Aneignung erhält der Wegnehmende das Eigentum wieder, das er durch die Verbindung verloren hatte¹¹⁾.

Ein Wegnahmerecht hat auch der Besitzer einer Sache, unabhängig davon, aus welchem Rechtsgrunde er besitzt, gegenüber dem Eigentümer der Sache, wenn er mit ihr eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat (§ 997 Abs. 1 BGB). Der Besitzer hat das Recht, den wesentlichen Bestandteil abzutrennen und sich anzueignen. Das Aneignungsrecht ist nach § 997 Abs. 2 BGB lediglich dann ausgeschlossen, wenn die Anlage zu den gewöhnlichen Unterhaltungskosten gehört und diese von dem Besitzer aus den Nutzungen zu bestreiten waren oder wenn die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat (Schikane) oder wenn ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. Hat der Besitzer eine eigene Sache mit der fremden zu deren unwesentlichen Bestandteil verbunden, so bleibt er Eigentümer und kann sie wie bei Zubehör jederzeit wegnehmen oder herausverlangen¹²⁾. Bei diesem Aneignungsrecht des Besitzers einer fremden Sache auf die wesentlichen Bestandteile, die er mit der Sache verbunden hat, ist manches streitig. Zunächst ist zweifelhaft,

⁷⁾ Schober, Mängel in der Fassung des Bürgerl. Gesetzbuchs außersprachlicher und sprachlicher Art, Gruch, 65, 540 (566/567); Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 910 BGB

⁸⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 37, 3 = S. 105

⁹⁾ Palandt-Danckelmann, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 258 BGB

¹⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 74 IV 1 N. 14 = S. 276

¹¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 74 IV 1 N. 14 = S. 276; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 35 I 2 d = S. 98

¹²⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 997 BGB

ob dem Besitzer das Aneignungsrecht auch dann zusteht, wenn ihm die Sache vor der Verbindung nicht gehört hat. Nach der einen Auffassung soll, wenn ein Nicht-eigentümer die Verbindung vorgenommen hat, dem Verbindenden das Trennungsrecht und dem früheren Eigentümer das Aneignungsrecht zustehen¹³⁾. Dem steht aber der Wortlaut des § 997 Abs. 1 BGB entgegen, der dem Besitzer bei der Verbindung der Sache mit einer anderen Sache als wesentlichen Bestandteil das Abtrennungs- und Aneignungsrecht gewährt, gleichgültig, ob ihm die verbundene Sache vorher gehört hat oder nicht¹⁴⁾. Der Besitzer erwirbt also durch die Aneignung das Eigentum und hat den früheren Eigentümer nach § 951 Abs. 1 S. 1 BGB zu entschädigen. Ferner ist die rechtliche Wirkung dieses Aneignungsrechts des Besitzers streitig. Fest steht, daß es sich gegen den jeweiligen Eigentümer richtet¹⁵⁾. Nach Westermann¹⁶⁾ ist das Wegnahmerecht des § 997 BGB schuldrechtlicher Natur. Für die Lösung des Problems ist die Frage entscheidend, ob der Aneignungsberechtigte noch den Besitz der Sache hat oder nicht. Solange der Aneignungsberechtigte den Besitz der Sache hat, wirkt sein Abtrennungs- und Aneignungsrecht auf die fremde Sache gegen jedermann¹⁷⁾. Dies folgt aus § 258 S. 2 BGB, wonach sich das Aneignungsrecht des Besitzers in den schuldrechtlichen Anspruch auf Gestattung der Wegnahme verwandelt, wenn die Sache in den Besitz eines anderen übergeht. Vor dem Besitzwechsel ist das Aneignungsrecht also kein schuldrechtlicher Anspruch, es wirkt vielmehr gegen jedermann und hat somit absolute Natur¹⁸⁾. Infolgedessen ist das Recht des Besitzers einer fremden Sache, wesentliche, von ihm mit der Sache verbundene Bestandteile abzutrennen und sich anzueignen, ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Wegen seiner absoluten Natur bestehen hiergegen keine Bedenken. Die Anerkennung dieses Aneignungsrechts an einer fremden Sache hat auch neben dem von der herrschenden Lehre zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gezählten Besitz ihre Bedeutung¹⁹⁾. Denn dieses Recht des Besitzers einer fremden Sache, wesentliche Bestandteile, die er mit der Sache verbunden hat, abzutrennen und sich anzueignen, muß auch von denen zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gerechnet werden, die dem Besitz als solchem diesen Rechtsschutz versagen. Selbst wenn man richtigerweise nur das Recht zum Besitz zu den sonstigen Rechten zählt, kommt dem Wegnahmerecht des Besitzers insofern auch nebenher eine gewisse Bedeutung zu, da bei einem Eingriff in wesentliche Bestandteile, die der Besitzer der Sache eingefügt hat, der Schadensersatzanspruch des § 823 Abs. 1 BGB bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ohne weiteres gegeben ist und sich daher die Prüfung erübrigt, ob der Besitzer ein Recht zum Besitz hatte¹⁹⁾. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit. Denn der Besitzer, der in die fremde Sache, die er besitzt, wesentliche Bestandteile eingefügt hat, muß im Verhältnis zu anderen Besitzern hinsichtlich dieser eingefügten Sachen einen erhöhten Rechtsschutz genießen. Dies muß selbst dann der Fall sein, wenn der Besitzer, der die Bestandteile eingefügt hat, bösgläubig war, also kein Recht zum Besitz hatte. Trotzdem muß er hinsichtlich der wesentlichen Bestandteile, die

¹³⁾ Ruge, Wegnahmerecht, 1905, S. 87 ff.

¹⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 3 N. 4 = 293; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 997 BGB

¹⁵⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 IV N. 45 = S. 218; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 39 VI 5 = S. 119

¹⁶⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 33 II 2 = S. 174

¹⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 3 = S. 293; Palandt-Danckelmann, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 258 BGB

¹⁸⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959 § 79 A II 4 = S. 461

¹⁹⁾ Siehe unten S. 219 ff.

Eigentum des Eigentümers geworden sind, geschützt werden, nicht aber hinsichtlich der Hauptsache, die er bösgläubig besitzt. Das Wegnahmerecht steht dem Besitzer einer fremden Sache auch dann zu, wenn nicht er, sondern ein anderer die wesentlichen Bestandteile mit der Hauptsache verbunden hat (§§ 951 Abs. 2 S. 2, 997 BGB)²⁰⁾. Auch dann handelt es sich mit der gleichen Begründung wie oben um ein absolutes Aneignungsrecht an einer fremden Sache, das den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Wegnahmeberechtigte Besitzer sein muß, wodurch seine Rechtsstellung in gewisser Weise auch äußerlich erkennbar ist.

Verletzt wird das Wegnahmerecht des Besitzers durch jeden Eingriff in die wesentlichen Bestandteile der fremden Sache, auf die sich sein Wegnahmerecht erstreckt. Es gehören hierher die Zerstörung, Beschädigung, Wegnahme oder Entziehung dieser Bestandteile. Verletzbar ist es durch jedermann, auch durch den Eigentümer der Sache, der die wesentlichen Bestandteile eingefügt worden sind.

Da sich das Aneignungsrecht an den wesentlichen Bestandteilen, sobald die Hauptsache wieder in den Besitz des Eigentümers gelangt ist, gemäß § 258 Abs. 1 S. 2 BGB in den schuldrechtlichen Anspruch auf Gestattung der Wegnahme verwandelt, steht dem Wegnahmeberechtigten von diesem Zeitpunkt an kein absolut wirkendes Aneignungsrecht mehr zu, sondern lediglich ein Forderungsrecht gegenüber dem Eigentümer²¹⁾. Dieses Forderungsrecht ist nicht anders zu behandeln als die übrigen relativen Rechte und wird daher in der Regel nicht zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehören²²⁾.

Außerdem hat nach § 951 Abs. 2 S. 2 BGB jeder ein Wegnahmerecht, der durch die Verbindung ein dingliches Recht verloren hat²³⁾, allerdings unter den Einschränkungen des § 997 BGB. Dieses Wegnahmerecht steht dem Berechtigten zu, unabhängig davon, ob er selbst oder ein anderer die Verbindung vorgenommen hat oder ob die Verbindung durch ein Naturereignis eingetreten ist, auch unabhängig davon, ob er die Haupt- oder Nebensache besessen hat. Auch hinsichtlich der Rechtsnatur dieses Wegnahmerechts herrscht Streit. Nach der einen Auffassung ist dieses Wegnahmerecht ein dinglicher Anspruch, der gegen jeden Sacheigentümer oder sonst Sachberechtigten, insbesondere gegen den jeweiligen Besitzer der Hauptsache, gerichtet werden könne²⁴⁾. Demnach wäre dieses Recht ein selbstständiges dinglich wirkendes Wegnahmerecht, so daß der Anspruch aus § 951 BGB praktisch zu einem rangbevorzugten dinglichen Recht gemacht würde. Nach der herrschenden Lehre ist das Wegnahmerecht ein persönlicher Anspruch schuldrechtlicher Natur²⁵⁾. Um zum richtigen Ergebnis zu kommen, muß man gemäß

²⁰⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 8 III 2 = S. 172; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Bearb. 1959 1. Halbbd. § 79 A II 4 = S. 461

²¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 3 = S. 293

²²⁾ Siehe oben S. 16

²³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 74 IV 3 = S. 276; v. Gierke, Das Sachenrecht des Bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 35 I 2 d = S. 98

²⁴⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 1905 Bd. II, 1 § 83 1 a N. 7 = S. 542; Kretzschmar, Zur Bedeutung des im Bürgerl. Gesetzbuch bestimmten Wegnahmerechts, ZBIFG 6, 1; Kretzschmar, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über die wesentlichen Bestandteile, Recht 1907, 285; Hüttner, Widerspruch Dritter gegen die Mitversteigerung von Zubehör und Grundstücksbestandteilen im Zwangsversteigerungsverfahren, ZBIFG 7, 5 (18)

²⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 74 IV 3 b = S. 277; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 3 b Rn. 14 zu § 951 BGB; v. Gierke, Das Sachenrecht des Bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 35 I 2 b = S. 98; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 54, 6 = S. 272; RG 63, 416 (422); BGH NJW 1954, 265 (266)

§ 258 BGB auch hier wieder unterscheiden, ob der Wegnahmeberechtigte im Besitz der fremden Sache einschließlich der wesentlichen Bestandteile ist oder nicht. Wenn der Wegnahmeberechtigte Besitzer ist, gilt § 997 BGB, auf den § 951 Abs. 2 S. 2 BGB insoweit lediglich verweist. Es handelt sich dann um das Wegnahme-recht des Besitzers gemäß §§ 997, 951 Abs. 2 S. 2 BGB, das den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Besitzt der Wegnahmeberechtigte die Sache nicht oder nicht mehr, so findet § 258 S. 2 BGB auch hier Anwendung. Es besteht also lediglich ein Anspruch auf Duldung der Wegnahme. In diesem Fall begründet § 951 BGB selbst ein Wegnahmerecht²⁶⁾. Es ist aber lediglich schuldrechtlicher Natur, da sich der Duldungsanspruch des § 258 S. 2 BGB nach dem Wortlaut des Gesetzes nur gegen den anderen richtet, dem die Sache herauszugeben war. Hinzukommt, daß das Wegnahmerecht den materiell grundlosen Erwerb der eingefügten wesentlichen Bestandteile durch den Eigentümer ebenso beseitigen soll wie der Bereicherungsanspruch des § 951 Abs. 1 BGB. Daher richtet sich dieses obligatorische Wegnahmerecht gegen denjenigen, der zur Zeit der Verbindung Eigentümer der Hauptsache war, und nicht gegen den jeweiligen Eigentümer²⁷⁾. Es gilt also nur dem durch die Verbindung bereicherten Eigentümer gegenüber, zu dessen Eigentumszeit die wesentlichen Bestandteile eingefügt wurden, nicht späteren Eigentümern gegenüber. Somit ist dieses Wegnahmerecht nur eine Forderung gegen den durch die Verbindung unmittelbar Begünstigten. Es handelt sich daher in der Regel nicht um ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Nicht zutreffend ist infolgedessen die Ansicht des OLG Hamburg²⁸⁾, daß das Recht des Bauunternehmers, bis zur Abnahme des Baues die eingebauten Teile durch andere zu ersetzen, ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei. Der Bauhandwerker, der wesentliche Bestandteile in ein Grundstück einfügt, etwa eine Kesselanlage, ist nicht Besitzer des Baugrundstücks. Sein Wegnahmerecht genießt daher nicht den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB. Trotzdem steht der Bauhandwerker nicht schutzlos da, wenn ein Dritter die von ihm eingebauten wesentlichen Bestandteile beschädigt oder zerstört und der Grundstückseigentümer sich an ihn hält. Dem Bauhandwerker steht zwar kein Anspruch gegen den Täter nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines sonstigen Rechts zu. Allenfalls kann der Grundeigentümer einen Schadensersatzanspruch im Drittinteresse, nämlich dem des Wegnahmeberechtigten, geltend machen²⁹⁾. Mit Recht hält auch Planck³⁰⁾ die Anerkennung eines Rechts des Bauunternehmers, der eine Kesselanlage bereits in ein Gebäude eingemauert hat, die Anlage wieder wegzunehmen und dadurch das Eigentum daran zu erwerben, als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gegen OLG Hamburg 12, 110 für zweifelhaft.

Bei dieser Unterscheidung zwischen dem Wegnahmerecht des Besitzers und des Nichtbesitzenden lösen sich die Zweifel hinsichtlich seiner Rechtsstellung, die insbesondere von Tuhr³¹⁾ hegte, von selbst. Das Wegnahmerecht des Besitzers ist absoluter Natur und somit unbestritten ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, während das Wegnahmerecht des Nichtbesitzenden lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Gestattung der Wegnahme und daher kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist.

²⁶⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 54, 6 = S. 272

²⁷⁾ Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 3 b Rn. 14 zu § 951 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 74 IV 3 b = S. 277; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 35 I 2 d = S. 98

²⁸⁾ OLG Hamburg 12, 110; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b zu § 823 BGB

²⁹⁾ Erman-Böhle-Stamschräder, 2. Aufl. 1958 Anm. 11 zu § 249 BGB

³⁰⁾ Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB

³¹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 IV N. 45 = S. 218

3. Das Aneignungsrecht des Nichtbesitzenden auf Erzeugnisse und wesentliche Bestandteile einer Sache

Ist jemandem ohne Einräumung eines dinglichen Rechts der Erwerb von Bestandteilen, insbesondere von Früchten, durch den Berechtigten gestattet worden, so unterscheidet § 956 BGB zwei Fälle:

- a) Dem obligatorisch berechtigten Gestattungsempfänger ist der Besitz der Stammsache überlassen worden, und er befindet sich noch weiter in Besitz. Dann erwirbt er, soweit die Gestattung reicht, die Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile mit der Trennung. Dies gilt namentlich für den Pächter, dem die Pachtsache übergeben worden ist.
- b) Der Gestattungsempfänger ist nicht im Besitz, oder es hatte keine Überlassung durch den Gestattenden stattgefunden. Dann erwirbt er, soweit die Gestattung reicht, die Erzeugnisse und Bestandteile erst mit der Besitzergreifung. Mit der Trennung fallen sie zunächst in das Eigentum desjenigen, der mit der Trennung erwirbt, in der Regel des Gestattenden. Der Gestattungsempfänger hat also ein Aneignungsrecht auf fremde Sachen ³²⁾.

Der Eigentumserwerb bei der obligatorischen Berechtigung zur Fruchtziehung des § 956 BGB vollzieht sich nicht schon auf Grund des Schuldvertrages, sondern erst kraft der Aneignungsgestattung ³³⁾. Der Ausdruck „Gestattung, sich Sachteile anzueignen“ wird in § 956 BGB verwendet; Westermann ³⁴⁾ schlägt stattdessen vor, von Erwerbsgestattung zu sprechen, da unter Aneignung nur der Erwerb herrenloser Sachen zu verstehen sei. Zu dieser neuartigen Terminologie besteht jedoch kein Anlaß, weil es durchaus Aneignungsrechte an fremden Sachen gibt. Die Natur der Aneignungsgestattung ist streitig ³⁵⁾. Einigkeit herrscht lediglich darüber, daß es sich um eine Verfügung handelt ³⁶⁾. Die früher herrschende Meinung ³⁷⁾ sah im Anschluß an die Entstehungsgeschichte ³⁸⁾ in der Erwerbsgestattung ein Angebot zur Ubereignung der Trennstücke, das der Erwerbsberechtigte annehmen müsse. Danach würde es sich nur um einen besonderen Anwendungsfall des § 929 BGB, nämlich um die Ubereignung künftiger Sachen, handeln (Übertragungstheorie). Der bis zur Zeit der Trennung andauernde Besitz an der Muttersache soll die Annahme des Angebots sein ³⁹⁾. Das Gestattungsgeschäft soll nach der Übertragungstheorie entweder mit der Einigung nach § 929 BGB identisch sein ⁴⁰⁾ oder doch wenigstens die Ubereignungsofferte enthalten, die durch Besitzübernahme der Muttersache oder

³²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV 1 b = S. 285; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

³³⁾ Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 956 BGB

³⁴⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 57 III 1 = S. 283

³⁵⁾ Tuch, Die Konstruktionsversuche am § 956 BGB, 1913

³⁶⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV 3 = S. 286; Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 956 BGB; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 57 III 1 = S. 283

³⁷⁾ Zitelmann, Ubereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, JherJ 70, 1 (28 ff, 35, 40); Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930 § 63, 5 = S. 265; Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 956 BGB; Erman-Peters, 1. Aufl. 1952 Anm. 1 zu § 956 BGB; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 8 zu § 956 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 956 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 956 BGB

³⁸⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Bd. III 1888 S. 368; Protokolle der II. Kommission, 1897 Bd. II 3 S. 250

³⁹⁾ RG 78, 35

⁴⁰⁾ Zitelmann, Ubereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, JherJ 70, 1 (29 ff)

Besitzergreifung an den Trennstücken stillschweigend angenommen werde⁴¹⁾). Die nach § 929 BGB nötige Übergabe wird durch Besitzüberlassung der Muttersache oder Besitzergreifung an den Trennstücken als erfüllt angesehen, je nachdem der Besitz an der Sache überlassen ist oder nicht. Dem steht die sogenannte Anwartschafts-⁴²⁾, Aneignungs-⁴³⁾ oder Erwerbstheorie⁴⁴⁾ gegenüber. Nach ihr ist die Gestattung ein Rechtsgeschäft, durch das für den Empfänger ein Recht auf den Erwerb der Früchte begründet wird⁴⁵⁾.

Die Übertragungstheorie wird dem Wesen des § 956 BGB nicht gerecht. Der Fruchterwerb ist in den meisten Fällen hinsichtlich der wirtschaftlichen Aufgaben und des tatsächlichen Ablaufs so von der rechtsgeschäftlichen Übereignung unterschieden, daß schon deswegen eine unterschiedliche Systematik nahe liegt. Die der Übertragungstheorie zugrundeliegende Vorstellung paßt auch nur bedingt, wenn der Erwerbsberechtigte nichts zu tun hat, als die Sache von der Muttersache zu trennen, und seine Tätigkeit wirtschaftlich gegenüber der Frucht bedeutungslos ist⁴⁶⁾. Zuzustimmen ist daher der Aneignungstheorie; für sie spricht auch die systematische Stellung des § 956 BGB im Gesetz. Durch die Aneignungsgestattung wird im Fall a), in dem der Gestattungsberechtigte Besitzer der fruchttragenden Sache ist, ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an den Früchten begründet, das durch die Trennung zum vollen Eigentum wird, indem das letzte noch ausstehende Tatbestandsmoment des Eigentumserwerbs eintritt⁴⁷⁾. Dieses Recht des besitzenden Gestattungsempfängers ist kein Aneignungs-, sondern ein Anwartschaftsrecht, weil der Erwerb der Erzeugnisse mit der Trennung erfolgt, d. h. mit ihrer Entstehung als selbständige Sachen ohne eigene Tätigkeit des Erwerbers⁴⁸⁾. Es ist daher bei den Anwartschaftsrechten zu behandeln⁴⁹⁾.

Im Fall b), in dem der Gestattungsempfänger nicht im Besitz der Stammsache ist, entsteht ein Aneignungsrecht, das durch Besitzergreifung ausgeübt wird⁵⁰⁾. Es ist ein Aneignungsrecht an einer fremden Sache. Der Erwerbsberechtigte erwirbt das Eigentum erst mit der Besitzergreifung an den Früchten. Zwischenzeitlich erwirbt der sonst Erwerbsberechtigte das Eigentum an den Früchten. In der Regel werden allerdings äußerlich Besitzergreifung und Trennung meistens zusammenfallen, obwohl theoretisch der Eigentumserwerb durch einseitige Besitzergreifung nach der Trennung erfolgt⁵¹⁾. Als Hauptfälle dieses Aneignungsrechts des nicht-besitzenden Gestattungsempfängers kommen in Betracht: die Verpachtung eines Grundstücks, das dem Pächter noch nicht übergeben ist; der Verkauf von Früchten auf dem Halm; der Verkauf eines Hauses auf Abbruch, ohne daß es übergeben worden

⁴¹⁾ Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 956 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 956 BGB; RG 78, 35, das schon die Ausübung des Besitzes an der Muttersache im Zeitpunkt der Trennung als Annahme wertet.

⁴²⁾ Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 956 BGB

⁴³⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

⁴⁴⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 57 III 2 b = S. 283

⁴⁵⁾ v. Blume, Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB, III. Zur Lehre vom Fruchterwerb des Pächters, JherJ 39, 390 (429, 433); Barth, Verfügungen über zukünftige Rechte, Gruch. 58, 577 (595); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV = S. 285; Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 956 BGB; Lent, Sachenrecht, 7. Aufl. 1958 § 35 V 2 = S. 125/26; v. Gierke, Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 2 b = S. 104; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 57 III 2 b = S. 284

⁴⁶⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 57 III 2 b = S. 284

⁴⁷⁾ Lent, Sachenrecht, 7. Aufl. 1958 § 35 V 2 = S. 125/26; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

⁴⁸⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910 § 8 III 3 N. 6 = S. 172/173

⁴⁹⁾ Siehe unten S. 201 ff.

⁵⁰⁾ Lent, Sachenrecht, 7. Aufl. 1958 § 35 V 2 = S. 125/26

⁵¹⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 37 I 3 = S. 106

ist; der Verkauf stehender Bäume im Wald; die Erlaubnis, Pilze, Beeren usw. sammeln zu dürfen; die Erlaubnis, Blumen oder Obst in einem fremden Garten pflücken zu dürfen. Ob es sich bei der Rechtsstellung des besitzlosen Gestattungsempfängers um ein subjektives Recht handelt, ist zweifelhaft, weil der Gestattende jederzeit widerrufen kann. Die Gestattung begründet lediglich den Eigentumserwerb des Gestattungsempfängers. Auf jeden Fall wäre das Aneignungsrecht aber nur ein obligatorisches Recht auf eine fremde Sache⁵²⁾. Es wirkt nur gegenüber dem Gestattenden⁵³⁾. Sobald dieser die Aneignungsgestattung widerruft, erlischt das Aneignungsrecht. Dies folgt aus § 956 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach der Eigentümer, wenn er zu der Gestattung verpflichtet ist, sie nicht widerrufen kann, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitz der Sache befindet. Das Aneignungsrecht des nichtbesitzenden Fruchtziehers ist ein persönliches Forderungsrecht gegenüber dem Eigentümer der Stammsache, der mit der Trennung zunächst das Eigentum an den Früchten erwirbt, auf Duldung der Aneignung. Hierin erschöpft sich die Rechtsmacht dieses Aneignungsrechts, so daß es nicht gegenüber Dritten wirkt. Als Anspruch des Gestattungsempfängers gegenüber dem Eigentümer ist dieses Aneignungsrecht nur ein relatives Recht, dem jede Wirkung gegen Dritte fehlt. Die Ausübung des Aneignungsrechts ist von der Fortdauer des Eigentums des Tradenten an der Muttersache abhängig⁵⁴⁾. Dieses Aneignungsrecht unterscheidet sich in keiner Weise von den anderen Forderungsrechten, die in der Regel keine sonstigen Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind. Es ist ihm daher der Rechtsschutz dieser Bestimmung zu versagen⁵⁵⁾.

4. Das Aneignungsrecht des Verwahrers

Bei der uneigentlichen Verwahrung gemäß § 700 BGB werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergeht und dieser verpflichtet ist, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugeben. Die Vereinbarung des Eigentumsübergangs hat die Wirkung, daß auf den Verwahrungsvertrag die Regeln über das Darlehen Anwendung finden. Wenn das Eigentum schon mit der Übergabe der Sache auf den Verwahrer übergehen soll, ist der Vertrag von vornherein als Darlehensvertrag zu behandeln. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet (§ 700 Abs. 1 S. 2 BGB). Durch diese Aneignungsgestattung wird für den Verwahrer kein Aneignungsrecht begründet, wie von Tuhr⁵⁶⁾ dies annimmt. Vielmehr liegt in der Aneignungsgestattung die Einigung über den Eigentumsübergang, so daß der Verwahrer, da er im Besitz der Sache ist, gemäß § 929 S. 2 BGB sofort Eigentum erwirbt. Von einem Aneignungsrecht ähnlich demjenigen des besitzlosen Fruchtziehers in § 956 BGB kann daher keine Rede sein. Die Sachlage ist im Falle des § 700 Abs. 1 S. 2 BGB ganz anders geartet⁵⁷⁾. Ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB kann somit in diesem Zusammenhang nicht in Betracht kommen.

⁵²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

⁵³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I 2 = S. 293; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 8 III 3 = S. 172/173

⁵⁴⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959 § 79 A II 4 N. 14 = S. 461

⁵⁵⁾ Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, 1926 S. 28

⁵⁶⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910 § 8 III 4 a = S. 173/174

⁵⁷⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 79 I N. 1 = S. 293

§ 17. Das Aneignungsrecht an fremden Tauben nach Landesrecht

Nach einzelnen Landesgesetzen gibt es ein eigenartiges Aneignungsrecht an fremden Tauben. Diese landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Aneignung der einem anderen gehörenden, im Freien betroffenen Tauben werden durch das BGB nicht berührt (Art. 130 EGBGB)¹⁾.

In Preußen unterlagen Tauben, die jemand hielt, „ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben“, der freien Aneignung, wenn sie im Freien betroffen wurden (§ 113 I 9 ALR). An die Stelle dieser Bestimmung traten die Verordnungen zum Schutze der Felder und Gärten gegen fremde Tauben²⁾. Danach darf sich der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte Tauben, die während der Sperrzeit auf Feldern oder in seinen Gärten angetroffen werden, aneignen. Dasselbe galt auch für Bayern³⁾. Das landesrechtliche Aneignungsrecht erstreckt sich nicht auf Brieftauben⁴⁾.

In keinem Fall ist das Aneignungsrecht an fremden Tauben ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Für den Fall der freien Aneignung erklärt sich dies daraus, daß nicht einmal ein subjektives Recht vorliegt. In den Fällen, in denen der Eigentümer von landwirtschaftlichen Grundstücken hinsichtlich der Tauben aneignungsberechtigt ist, handelt es sich wohl um ein subjektives Recht; dieses Recht ist jedoch nicht durch andere verletzbar, da die Aneignung der Tauben durch den Grundstückseigentümer lediglich den Schutz der Felder und Gärten bezwecken, aber niemandem einen Vermögensvorteil verschaffen soll.

B. DIE ANWARTSCHAFTSRECHTE

Grundsätzlich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Crome, System des Dt. Bürgerl. Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II 2 = S. 1020; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 2. Bd., Sachenrecht, 1905 § 34 N. 19 = S. 180; Dernburg, Das bürgerl. Recht des Dt. Reichs u. Preußens, 1. Bd., Die allg. Lehren, 3. Aufl. 1906 § 154 II 4 = S. 513; Biermann, Bürgerl. Recht, 1. Bd. Allg. Lehren u. Personenrecht, 1908 § 81 = S. 299; Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 Anm. 7 zu § 160 BGB; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 k zu § 823 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929, Anm. 3 h zu § 823 BGB; Rühl, Eigentumsvorbehalt u. Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 98 ff.; Siber, Grundriß des Dt. Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 S. 450; Jacusiel, Der Eigentumsvorbehalt, 1932 S. 59; Letzgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938 S. 12; OLG München HRR 1942, 275; RG 170, 1 (6) = DR 1942, 1363; Stoll-Felgentraeger, Vertrag u. Unrecht, 3. Aufl. 1943 2. Halbbd. S. 211; Staudinger-Ostler, 11. Aufl. 1954 Bem. IV 2 e = Rn. 43 zu § 455 BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II = S. 852/3; Baumbach-Duden, 12. Aufl. 1956 Anh. § 368 II 1 A HGB; Schlegelberger-Hefermehl, 3. Aufl. 1956 Anh. § 368 HGB Anm. A II 3 Rn. 13; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11; BGH LM Nr. 1 § 823 (Ad) BGB = JR 1957, 419 = BB 1957, 346 = Betrieb 1957, 452 = VersR 1957, 297 = WM IV B 1957, 514 = DtRspr. I (145) 40 a; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuchs, 11. Aufl. 1958 § 35 A VI 1 a = S. 265; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 b = S. 939; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 d zu § 823 BGB;

¹⁾ Krusinger, Fang und Abschluß zahmer Tauben, JW 1931, 2685; Ermel, Zum Recht des Taubenfangs, LZ 1933, 706

²⁾ VO vom 4. 3. 1933 (GS 64), geändert durch VO v. 13. 12. 1934

³⁾ § 4 BayVO zum Schutz der Felder u. Gärten gegen Tauben v. 26. 1. 1939 (GVBl. S. 29)

⁴⁾ §§ 8, 12 BrieftaubenG v. 1. 10. 1938 (RGBl. S. 1335)

Achilles-Greiff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 Ia = S. 350; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 c u. 6 a zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 B b zu § 929 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 zu § 823 BGB

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts Bd. I 1910 § 11 III = S. 217; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 106 ff; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. II 2 1918 § 81 I 2 = S. 297; Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39/40; A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, II. Teil, Über bedingte Verfügungsgeschäfte, 1939 § 15 III = S. 244 ff; Loewenwarther-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120

Anwartschaftsrechte sind noch unvollkommene, in der Entwicklung zum Vollrecht begriffene Rechtsstellungen. Ihr gemeinsames Kennzeichen ist es, daß die Entstehung oder der Erwerb eines Rechts sich im Zustand der Vorbereitung befindet, während dessen erst einige, aber noch nicht alle Voraussetzungen des Erwerbs erfüllt sind¹⁾. Es sind also im Werden begriffene Rechte²⁾. Gegenstand der Anwartschaft können Rechte jeglicher Art sein: dingliche Rechte und Forderungen. In diesem Sinne kann man von dinglichen oder obligatorischen Anwartschaften sprechen. Bei dinglichen Anwartschaften steht der Erwerb oder die Entstehung eines dinglichen Rechts bevor. Im Gegensatz zu den Aneignungsrechten bilden sie die Vorstufe eines Rechts, das sich aus ihnen durch das Hinzutreten bestimmter Erfordernisse entwickelt, ohne daß noch eine Erwerbshandlung erforderlich wäre³⁾. Man spricht von Anwartschaften besonders dann, wenn nur noch eine Entstehungstatsache fehlt. Das fehlende Tatbestandsstück kann zum Inhalt einer Bedingung gemacht sein; seine Verwirklichung kann von einer Rechtshandlung, von einem sonstigen noch ungewissen Ereignis oder auch nur vom Zeitablauf abhängen⁴⁾.

Ob schon dieser Vorbereitungszustand rechtlichen Schutz verdient, läßt sich kaum allgemein entscheiden. Die Rechtslagen, die unter den weiten Begriff des Anwartschaftsrechts fallen, sind zu verschiedenartig, als daß sich ihre Rechtsstellung allgemein bestimmen ließe. Trotzdem werden die Anwartschaften überwiegend als subjektive Rechte angesehen⁵⁾. Dafür spricht, daß sie vererblich und veräußerlich sind und auch die dem Inhaber der Anwartschaft zustehende Erwerbsaussicht mehr oder minder geschützt ist. Dem wird entgegeng gehalten, daß dem aus der Anwartschaft Berechtigten die für den Begriff des subjektiven Rechts wesentliche konkrete Willensherrschaft fehle⁶⁾. Dabei wird jedoch übersehen, daß der rechtliche Schutz der Anwartschaft vom Willen des Rechtsinhabers abhängig und in sein Ermessen gestellt ist⁷⁾. Fest steht, daß bei einigen häufig auftretenden, typischen Sachverhalten dieser Art, in denen ein besonderes wirtschaftliches Interesse des künftig Berechtigten des rechtlichen Schutzes bedarf, das Gesetz die Anwartschaften als subjektive Rechte anerkennt, über die der Berechtigte wie über das vorbereitete Vollrecht verfügen kann⁸⁾. Die Anwartschaftsrechte sind grundsätzlich nach den Regeln über die Vollrechte, deren Vorstufe sie sind, zu behan-

¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11

²⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 I = S. 180

³⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 14. Aufl. 1952 § 82 II 4 = S. 310

⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11

⁵⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 I = S. 182; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 14. Aufl. 1952 § 82 II 4 = S. 310

⁶⁾ Struwe, Der Begriff des sonstigen Rechts in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 40

⁷⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 I = S. 182

⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11

deln⁹⁾. Die dinglichen Anwartschaften gehören daher als absolute Rechte auch zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹⁰⁾. Diese absolute Rechtsstellung des Anwartschaftsinhabers wird verschiedentlich verneint, da er kein Recht an dem betreffenden Gegenstand habe¹¹⁾. Dabei wird jedoch übersehen, daß das Gesetz gerade die besondere Rechtsstellung des Anwartschaftsinhabers anerkennt.

Wegen der Verschiedenheit der einzelnen Anwartschaftsrechte und der sich daraus ergebenden unterschiedlichen Problematik ist jedoch in jedem Fall zu prüfen, ob das einzelne Anwartschaftsrecht zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gehört.

⁹⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 14. Aufl. 1952 § 82 II 4 = S. 310

¹⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11

¹¹⁾ Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 108

§ 18. Die Rechtsstellung des Grundstückserwerbers zwischen Auflassung und Grundbucheintragung

1. Die Bindung an die Einigung¹⁾

Grundsätzlich ist zum Erwerb und zur inhaltlichen Änderung von Grundstücksrechten durch Rechtsgeschäft die dingliche Einigung über die Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erforderlich (§§ 873 Abs. 1, 877 BGB). Vor der Eintragung sind die Parteien an die Einigung nur bei Erfüllung gewisser formeller Voraussetzungen gebunden. Dies ist gemäß § 873 Abs. 2 BGB dann der Fall, wenn die Erklärungen beider Parteien gerichtlich oder notariell beurkundet, vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte der anderen Partei eine ordnungsgemäße Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Bei der Auflassung nach § 925 BGB ist daher die Einigung von vornherein bindend. Mit der Auflassung entsteht ein dingliches Anwartschaftsrecht²⁾. Davon kann man deshalb sprechen, weil die Stellung des Erwerbers als hinreichend gefestigt gilt, um Gegenstand selbständiger Übertragung oder Belastung zu sein³⁾.

Mit der nach Abschluß eines Kaufvertrages erklärten Auflassung erwirbt der Käufer eine selbständige, vom Veräußerer nicht mehr einseitig widerrufbare Rechtsstellung⁴⁾. Er kann jetzt die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch durch einseitigen Antrag gemäß § 13 GBO herbeiführen. Diese Rechtsposition des Erwerbers ist in der Entwicklung zum Vollrecht schon so weit fortgeschritten, daß zum Erwerb des Eigentums am Grundstück nur noch eine Erwerbstatsache, nämlich die Eintragung im Grundbuch, fehlt. Da dieses Anwartschaftsrecht wie alle anderen Anwartschaftsrechte die Rechtsnatur des Vollrechts besitzt⁵⁾, handelt es sich um ein dingliches Anwartschaftsrecht. Besonders in der letzten Zeit ist im Zuge des zunehmenden Interesses für die Anwartschaften gerade diese Rechtsstellung des Erwerbers zwischen bindender Einigung und Eintragung im Grundbuch lebhaft erörtert worden. Die wohl herrschende Meinung hat sie als dingliches Anwartschaftsrecht anerkannt⁶⁾. Demgegenüber weisen die Gegner dieser Auffassung⁷⁾ darauf hin, daß die Rechtsposition des Erwerbers so mangelhaft gesichert ist, daß der Veräußerer sie jederzeit durch anderweitige Übereignung beseitigen kann. Wegen dieser Möglichkeit der Vernichtung der Rechtsstellung durch entgegengesetzte Verfügungen des Veräußerers wird daher dem Anwartschaftsrecht des Erwerbers

¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 61 II = S. 215

²⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 b zu § 925 BGB

³⁾ Hoche, Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 652; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 76 I 5 = S. 356;

Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 61 II = S. 215

⁴⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1933 Anm. 4 e zu § 925 BGB; Hoche, Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 652

⁵⁾ Hoche, Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 652; Lange, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1958 § 12 IV 3 = S. 90

⁶⁾ Horber, NJW 1955, 1401 (1402); LG Essen NJW 1955, 1401; LG Hagen NJW 1955, 1798; Donau, Formlose Abtretung des Auflassungsanspruchs? MDR 1956, 532; Hoche, NJW 1958, 870

⁷⁾ Lange, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1958 § 12 IV 3 = S. 90; OLG Celle NJW 1958, 870; Hieber, Die „dingliche Anwartschaft“ bei der Grundstücksübereignung, DNotZ 1955, 350

aus der Auflassung die Anerkennung als selbständiges Recht versagt⁸⁾). Mit dieser Begründung kann man jedoch nicht die Rechtsnatur dieser Anwartschaft bestreiten. Daß es sich um eine durch die Rechtsordnung gesicherte Stellung des Grundstückserwerbers handelt, geht daraus hervor, daß der Veräußerer bei der Grundstücksübereignung im Gegensatz zur Übereignung einer beweglichen Sache gemäß § 873 Abs. 2 BGB an die Einigung gebunden ist. Diese Vorschrift würde ihren Zweck verfehlen, wenn sich daraus keine geschützte Rechtsposition des Auflassungsempfängers ableiten lassen würde. Es würde dann kein Unterschied zur Übereignung der beweglichen Sachen bestehen, der vom Gesetz aber offensichtlich gewollt ist, wie sich aus der verschiedenen Regelung des Zwischenstadiums im Gesetz ergibt.

Die Tatsache, daß der Erwerber aus der Auflassung ein Anwartschaftsrecht erlangt, läßt sich auch nicht mit der Begründung bestreiten, daß seine Rechtsstellung jederzeit durch den Veräußerer vernichtet werden könne⁹⁾). Einer Rechtsposition kann nicht deswegen der Rechtsschutz versagt werden, weil sie jederzeit zerstört werden kann. Es gibt zahlreiche andere Rechte, die sehr leicht verletzbar sind und denen man aber trotzdem nicht die Anerkennung als subjektives Recht versagen kann. Eher müßte man umgekehrt annehmen, daß die Anwartschaft des Grundstückserwerbers aus der Auflassung, die im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie sich aus § 873 Abs. 2 BGB ergibt, einen besonders starken Rechtsschutz verdient, da die Stellung des Anwartschaftsinhabers so schwach ist. Die Verletzbarkeit durch andere ist ein Kriterium nahezu jeden Rechts. Man kann deshalb einem Recht nicht darum den Schutz anderen gegenüber versagen, weil es verletzbar ist. Entscheidend ist vielmehr die Rechtsnatur dieser Anwartschaft, wobei zu bedenken ist, daß die Verletzbarkeit gerade eine Voraussetzung dafür ist, daß ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vorliegt.

Als Vorstufe zum Grundstückseigentum handelt es sich bei dieser Rechtsstellung des Grundstückserwerbers um ein dingliches Anwartschaftsrecht, das ebenso zu behandeln ist wie das Vollrecht, in diesem Fall also das Grundstückseigentum. Insofern bestehen keine Bedenken, das Anwartschaftsrecht des Grundstückserwerbers zwischen Auflassung und Grundbucheintragung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anzusehen.

Verletzbar ist dieses Anwartschaftsrecht durch den Veräußerer als Grundstückseigentümer und jeden außenstehenden Dritten. Dies folgt daraus, daß die Bindung an die Auflassung nur den einseitigen Widerruf ausschließt, aber nicht zur Verfügungsbeschränkung führt⁹⁾). Der bisherige Eigentümer kann daher trotz der Bindung an die Auflassung bis zur Eintragung noch anderweit über das Grundstück wirksam verfügen, und zwar auch gegenüber einem Dritten, dem die Einigung bekannt ist. Das Anwartschaftsrecht des Grundstückserwerbers kann somit dadurch verletzt werden, daß vor seiner Eintragung eine zweite Verfügung über das Grundstück im Grundbuch eingetragen wird. Dies ist etwa dann denkbar, wenn sich die Eintragung im Grundbuch verzögert, weil zuvor der Kaufpreis bezahlt oder notwendige behördliche Bescheinigungen und Genehmigungen beschafft werden müssen¹⁰⁾). Jede Verfügung des Grundstückseigentümers über das Grundstück in der Zwischenzeit stellt eine Verletzung des dem Grundstückserwerber nach der Auflassung zustehenden Anwartschaftsrechts dar. Verletzt wird das Anwartschaftsrecht in einem solchen Fall sowohl durch den Grundstückseigentümer als auch

⁸⁾ Hieber, Die „dingliche Anwartschaft“ bei der Grundstücksübereignung, DNotZ 1955, 350

⁹⁾ Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 § 76 I 5 = S. 356; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 61 II = S. 215; Erman-Westermann, 2. Aufl. 1958 Anm. 13 zu § 873 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 b zu § 873 BGB

¹⁰⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 61 II = S. 215

durch den Erwerber, der schuldhaft handelt, wenn er die bestehende Auflassung kannte oder hätte kennen müssen. Gegenüber dem Verkäufer konkurriert der Deliktsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des Anwartschaftsrechts mit einem Anspruch wegen positiver Verletzung des Kaufvertrages. Durch die Anerkennung des Anwartschaftsrechts als sonstiges Recht ist die Rechtsstellung des Käufers nach der Auflassung gegenüber dem dritten Erwerber insofern verstärkt, als er sich bei einer Verletzung seines Anwartschaftsrechts und Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB auch an diesen halten kann.

Ein Schaden entsteht dem Inhaber des Anwartschaftsrechts dadurch, daß er nach der anderweitigen Verfügung des Eigentümers und der dadurch verursachten Verletzung seines Anwartschaftsrechts nicht mehr im Grundbuch eingetragen werden und somit auch das Eigentum an dem betreffenden Grundstück nicht erlangen kann. Die Herstellung des früheren Zustandes im Sinne von § 249 BGB ist nicht möglich, weil inzwischen der dritte Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist und gegen diesen kein dinglicher Herausgabeanspruch besteht. Auch von dem dritten Erwerber, der das Anwartschaftsrecht rechtswidrig und schuldhaft verletzt hat, kann der Anwartschaftsinhaber nicht die Herausgabe des Grundstücks verlangen, weil dieser durch die Eintragung rechtmäßiger Eigentümer des Grundstücks geworden ist. Es kommt daher nur ein Schadensersatzanspruch in Geld nach § 251 BGB in Betracht. Die Geldentschädigung wird insbesondere auch den Mehrpreis umfassen, den der Geschädigte für ein anderes gleichartiges Grundstück aufzuwenden hat, sowie den gesamten ihm sonst entstandenen Schaden.

2. Die Rechtsstellung des durch eine Vormerkung Berechtigten

Mit der Anwartschaft des Grundstückserwerbers aus der Auflassung ist die Rechtsstellung desjenigen verwandt, zu dessen Gunsten eine Vormerkung gemäß § 883 BGB im Grundbuch eingetragen ist. Die Vormerkung ist eine vorläufige Eintragung im Grundbuch und dient zur Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Änderung der dinglichen Rechtslage eines Grundstücks (§ 883 BGB). Die Rechtsnatur der Vormerkung ist streitig. Es werden im wesentlichen 4 verschiedene Ansichten vertreten:

- a) Die Vormerkung ist einem dinglichen Recht gleichzustellen, wobei es sich um die bedingte Bestellung des dinglichen Rechts handelt, dessen Entstehung sie sichern soll ¹¹⁾.
- b) Genau entgegengesetzt ist die Ansicht, die die Rechtsnatur der Vormerkung leugnet und in ihr lediglich einen Grundbuchvermerk sieht ¹²⁾.
- c) Dazwischen steht eine große Gruppe im einzelnen vermittelnder Ansichten, die zum Teil auf allgemeine Institutionen zurückzugreifen versuchen. So wird die Vormerkung als Anwartschaftsrecht ¹³⁾ angesehen. Die durch die Vormerkung geschaffene Vorwirkung sei zwar noch nicht das dingliche Recht selbst, aber ein Anwartschaftsrecht des Vorgemerkten auf die in der Vormerkung bezeichnete dingliche Rechtsstellung. Der obligatorische Anspruch auf eine Rechtsände-

¹¹⁾ Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, 1902 S. 80 ff.; Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917 S. 67 ff. (79)

¹²⁾ Biermann, Widerspruch und Vormerkung, 1901 S. 184; Philipsen, Die Vormerkung nach BGB, 1903 S. 46 ff.

¹³⁾ Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. III 1905 § 376 = S. 176; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. Bd. II 1 1905 § 65, 2 b = S. 402; Semeka, Das Wartrecht, ArchBürgR 35, 121

nung werde durch seine Eintragung im Grundbuch zu einem dinglichen Anwartschaftsrecht gesteigert. In dieser gesicherten Anwartschaft sei die rechtliche Wirkung der Vormerkung bestimmt. In ähnlicher Weise bezeichnet Enneccerus-Nipperdey¹⁴⁾ die durch die Vormerkung geschaffene Rechtsstellung als dingliche Erwerbsberechtigung. Dagegen will von Thur¹⁵⁾ wohl mit Recht die Rechtsstellung des Gläubigers aus der Vormerkung nicht zu den Anwartschaftsrechten zählen, weil der Erwerb auf Grund der Vormerkung nicht ipso iure erfolgt, sondern in derselben Weise wie sonst, nämlich durch dinglichen Vertrag. Die Vormerkung sei somit keine Vorstufe des Erwerbs, da kein Stück des Erwerbsbestandes durch sie vorweggenommen oder ersetzt werde. Wolff-Raiser¹⁶⁾ sieht in der Rechtsstellung des Vorgemerkten ein negatives Herrschaftsrecht, das der Unterworfenen nicht zerstören kann. Brachvogel¹⁷⁾ betrachtet die Vormerkung als Verfügungsbeschränkung.

- d) Die heute herrschende Meinung sieht in der Vormerkung ein Sicherungsmittel eigener Art, das dem Schutze eines persönlichen Anspruchs dient und in einzelnen Richtungen dingliche Wirkung hat¹⁸⁾.

Jedoch braucht die Frage nach der wahren Rechtsnatur der Vormerkung hier nicht entschieden zu werden, weil die durch sie begründete Rechtsstellung des Gläubigers für diesen kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB schafft. Dies folgt daraus, daß die Rechtsposition des Vorgemerkten nicht verletztbar ist. Die Vormerkung verleiht nämlich dem geschützten Anspruch gewisse dingliche Rechtswirkungen. Obwohl die Vormerkung keine Sperrung des Grundbuchs zur Folge hat, also die Verfügungsmacht des von ihr Betroffenen bestehen läßt, hat sie aber doch die dingliche Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots. Jede Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über den Gegenstand des geschützten Anspruchs durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2 BGB). Derartige vormerkungswidrige Verfügungen sind dem Vormerkungsberechtigten gegenüber unwirksam¹⁹⁾. Bei der Auflassungsvormerkung ist entsprechend der vorgesehenen umfassenden Zuordnung an den Vorgemerkten grundsätzlich jede spätere Verfügung über das Eigentum, gleichgültig, in welcher Form und in welchem Umfang, vormerkungswidrig²⁰⁾. Unwirksam in diesem Sinne ist bei einer Auflassungsvormerkung also auch jede weitere Belastung des Grundstücks nach Eintragung der Vormerkung; denn damit wird in beeinträchtigender Weise über den Wert des Grundstücks verfügt, auf dessen Erlangung der Auflassungsberechtigte ein Recht hat²¹⁾. Da somit alle Verfügungen, durch die das Recht des Vorgemerkten verletzt werden könnte, diesem gegenüber unwirksam sind, ist seine Rechtsstellung

¹⁴⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959 § 79 A II 5 = S. 460

¹⁵⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910 § 9 III 12 = S. 190

¹⁶⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 48 VII 2 = S. 164

¹⁷⁾ Brachvogel, Vormerkung und Grundbuchunrichtigkeit, JherJ 81, 20

¹⁸⁾ Güthe, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Rechtsgebiet der Vormerkung, Gruch 57, 1 ff.; Güthe-Triebel, 5. Aufl. 1929, Grundbuchordnung, Anm. 14 zu § 25 GBO; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 883 BGB; RG 65, 260; 132, 423; 151, 392; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. V 1 Rn. 39 zu § 883 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 883 BGB; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 84 I 2 b = S. 404/405

¹⁹⁾ Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. VI 1 Rn. 42 zu § 883 BGB

²⁰⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 84 IV 3 c = S. 413

²¹⁾ Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. VI 1 Rn. 42 zu § 883 BGB

nicht verletzbar. Sie kann also nicht durch einen rechtswidrigen Eingriff beeinträchtigt werden. Daher bedarf der Vorgemerkte auch nicht des Rechtsschutzes des § 823 Abs. 1 BGB.

Zum gleichen Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung, kommt eine Entscheidung des OLG Köln²²⁾. Der Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß nach Eintragung der Auflassungsvormerkung Teile des Zubehörs zwangsversteigert wurden. Ein Schadensersatzanspruch des später als Eigentümer eingetragenen Vorgemerkten wurde abgelehnt, weil durch die Vormerkung lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Eigentumsübertragung gesichert und dadurch kein absolutes Recht begründet werde. Da das Zubehör gemäß § 926 Abs. 1 BGB in der Regel zusammen mit dem Grundstück aufgelassen wird, ergreift der Anspruch auf Eigentumsübertragung auch das Zubehör, so daß dieses durch die Vormerkung mit geschützt ist²³⁾. Aber auch der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Zubehör ist nicht verletzbar, da auch trotz eines Eingriffs in die Zubehörstücke der Anspruch des Erwerbers auf Eigentumsübertragung von unversehrten Zubehörstücken weiterbesteht. Für eine Anwendung der Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB zugunsten eines durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs ist also kein Raum.

3. Die Rechtsstellung des Erwerbers von beweglichen Sachen zwischen Einigung und Übergabe

Im Gegensatz zu dem Erwerber eines Grundstücks erlangt der Erwerber einer beweglichen Sache zwischen Einigung und Übergabe, welche beide gemäß § 929 S. 1 BGB zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich sind, keine rechtlich geschützte Position. Die Einigung wird erst mit der Vollendung der Übereignung durch Übergabe der Sache oder durch ein Übergabesurrogat rechtswirksam. Vorher kann — anders als beim Liegenschaftsrecht (§ 873 Abs. 2 BGB) — keine Bindung an die Einigung eintreten. Dabei braucht auf die Streitfrage, in welchem zeitlichen Verhältnis die Einigung zur Übergabe stehen muß, nicht eingegangen zu werden²⁴⁾. Auf keinen Fall entsteht aus der Einigung zugunsten des Erwerbers ein Anwartschaftsrecht, wie aus dem Umkehrschluß aus § 873 Abs. 2 BGB hervorgeht. Wegen der anderen Interessenlage hat der Gesetzgeber auf eine entsprechende Vorschrift bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen bewußt verzichtet. Der Käufer hat also auch in der Zeit zwischen Einigung und Übergabe lediglich den schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch gegen den Verkäufer. Daher kann man die Rechtsstellung des Erwerbers einer beweglichen Sache zwischen Einigung und Übergabe nicht als ein dem Eigentum verwandtes Recht bezeichnen. Es handelt sich lediglich um eine Forderung, die hier nicht zu behandeln ist²⁵⁾.

Unzutreffend ist daher die Ansicht des OLG Hamburg²⁶⁾, daß der Ersteher, der bei einer Auktion Sachen ersteigert hat, ohne daß sie ihm übergeben worden sind, einen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen hat, der die Sachen wider-

²²⁾ OLG Köln DRZ 1929 Nr. 793 = LZ 1927, 1043; Loening-Basch-Straßmann, BGB 1931 Anm. 7 zu § 823 BGB; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b bb) zu § 823 BGB

²³⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 a zu § 883 BGB

²⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 66 I 4 = S. 239; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. IV 3 b zu § 929 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 c zu § 929 BGB

²⁵⁾ Siehe oben S. 16

²⁶⁾ OLG Hamburg HansGZ 1905 Beibl. 262; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 zu § 823 BGB

rechtlich entfernt hat. Gemäß § 156 S. 1 BGB kommt bei einer Versteigerung der Vertrag durch den Zuschlag zustande. Das Eigentum an den ersteigerten Sachen kann der Ersteher nur durch Einigung und Übergabe gemäß § 929 BGB erwerben. Vor dem Zeitpunkt der Übergabe ist der Ersteher noch nicht Eigentümer; er hat lediglich auf Grund des schuldrechtlichen Vertrages einen Anspruch auf Ubereignung der ersteigerten Sache. Dieser Ubereignungsanspruch ist dem Eigentum nicht verwandt, wie das OLG Hamburg zu Unrecht annimmt ²⁷⁾.

²⁷⁾ OLG Hamburg HansGZ 1905 Beibl. 262 (263)

§ 19. Das Anwartschaftsrecht beim Fund und Schatzfund

1. Das Anwartschaftsrecht des Finders auf Eigentumserwerb

Der Finder einer verlorenen Sache erwirbt das Eigentum an ihr mit Ablauf eines Jahres seit Erstattung der Anzeige bei der Polizeibehörde, zu der er gemäß § 965 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet ist (§ 973 Abs. 1 S. 1 BGB). Finder ist, wer eine verlorene Sache in Besitz genommen hat. Verloren sind dabei solche beweglichen Sachen, die dem Besitzer zufällig, aber nicht nur vorübergehend, abhanden gekommen sind und von denen der bisherige Besitzer nicht weiß, wo sie sich befinden. Der Eigentumserwerb des Finders tritt nicht ein, wenn vor Ablauf der Jahresfrist ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt wird oder sein Recht bei der Polizeibehörde anmeldet (§ 973 Abs. 1 S. 1 BGB). Einen Sonderfall bildet der Kleinfund, der vorliegt, wenn die gefundene Sache nicht mehr als 3,— DM wert ist. Für ihn gelten Sondervorschriften, die die Rechtsstellung des Finders verstärken. Es bedarf keiner Anzeige an die Polizeibehörde, wohl aber an den Empfangsberechtigten, falls dieser bekannt ist (§ 965 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Finder erwirbt das Eigentum beim Kleinfund ein Jahr nach dem Fund. Die Anmeldung eines Rechts bei der Polizeibehörde steht dem Eigentumserwerb nicht entgegen; dieser ist aber ausgeschlossen, wenn der Finder die Sache auf Nachfrage verheimlicht (§ 973 Abs. 2 BGB).

Vor dem Eigentumserwerb hat der Finder ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Eigentums¹⁾. Die Annahme eines selbständigen Rechts wird allerdings von Planck²⁾ abgelehnt, der in der Anwartschaft des Finders kein Recht nach dem Sprachgebrauch des BGB sieht. Die Übertragbarkeit lasse sich nicht unter Berufung auf § 413 BGB behaupten. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen, da das Gesetz selbst die Anwartschaft des Finders als ein selbständiges Recht bezeichnet. In § 976 Abs. 1 BGB heißt es nämlich, daß, wenn der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerb des Eigentums an der Sache verzichtet, sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts übergeht. Demnach ist die Anwartschaft des Finders auf den Eigentumserwerb also ein selbständiges Recht, das vererblich und veräußerlich ist³⁾. Ebenso wie der Finder sein Anwartschaftsrecht nach § 976 Abs. 1 BGB auf die Gemeinde übertragen kann, kann er es auch an andere Personen veräußern. Der Finder hat also eine Dritten gegenüber geschützte Rechtsstellung, die sich in dem übertragbaren Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb verkör-

¹⁾ O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II 1905 § 132 IV 4 = S. 538; Brandis, Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, das bei einer bedingten Eigentumsübertragung entsteht, JW 1931, 505 (507); RG JW 1931, 930; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 I 6 = S. 186; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 3g Rn. 3 zu § 973 BGB; Wolff-Raiser, 1957 § 82 VII 3 = S. 313; J. v. Gierke, Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 38 I 5 = S. 109; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 973 BGB; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 59 II 5 a = S. 295

²⁾ Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 4 zu § 973 BGB

³⁾ O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II 1905 § 132 IV 4 = S. 538; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 3g Rn. 3 zu § 973 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 82 VII 3 = S. 313; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 973 BGB; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 59 II 5 a = S. 295

pert⁴⁾). Da dieses Anwartschaftsrecht sich auf den unmittelbaren Erwerb des Eigentums bezieht, ist es mit diesem eng verwandt. Man könnte es als einen befristeten Eigentumserwerb bezeichnen, der erst nach Ablauf eines Jahres eintritt⁵⁾). Infolgedessen bestehen keine Bedenken, das Anwartschaftsrecht zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Das gleiche gilt von der Rechtsstellung desjenigen, dem der Finder sein Anwartschaftsrecht übertragen hat.

Verletzbar ist das Anwartschaftsrecht des Finders durch jedermann, nur nicht durch den Eigentümer der verlorenen Sache, weil dessen Eigentum gegenüber dem schwächeren Anwartschaftsrecht überwiegt. Verletzt wird das Anwartschaftsrecht des Finders durch jede Einwirkung auf den Fundgegenstand, insbesondere durch jede Beschädigung, Zerstörung, Wegnahme oder Entziehung der verlorenen Sache. Dies spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn der Finder die verlorene Sache gemäß § 967 BGB bei der Polizeibehörde abgeliefert hat. Wird der abgelieferte Fundgegenstand auf Grund einer Amtspflichtverletzung der Polizeibeamten beschädigt oder kommt er auf der Polizeibehörde abhanden, so haften die Beamten nach § 839 BGB bzw. der Staat nach § 839 BGB, Art. 34 GG. Gegen den Dieb oder denjenigen, der den Fundgegenstand beschädigt hat, besteht ein Schadensersatzanspruch des Finders nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts. Auch in der Entziehung des Fundgegenstandes durch einen Dritten, etwa dadurch, daß er vorgibt, der Eigentümer der verlorenen Sache zu sein, kann eine Verletzung des Anwartschaftsrechts liegen. Denn Voraussetzung für den Eigentumserwerb des Anwartschaftsberechtigten ist, daß der Fundgegenstand nach Ablauf des Jahres nicht nur überhaupt noch vorhanden ist, sondern auch dem Finder oder der Polizeibehörde, an die er abgeliefert ist, nicht abhanden gekommen ist, diese ihn also noch in Besitz haben⁶⁾). Bei dem Kleinfund, den der Finder auf jeden Fall in Besitz hat, ist die Anerkennung dieses Anwartschaftsrechts als sonstiges Recht ebenfalls von Bedeutung, da dieses Anwartschaftsrecht auch von denen nicht bestritten werden kann, die dem Besitz den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB versagen, und außerdem der Finder kein Recht zum Besitz hat.

Ein Schaden entsteht dem Finder durch die Verletzung des Anwartschaftsrechts allerdings nur dann, wenn sich nach Ablauf der Jahresfrist herausstellt, daß alle Voraussetzungen zum Eigentumserwerb für den Inhaber des Anwartschaftsrechts vorliegen oder ohne den verletzenden Eingriff vorgelegen hätten. Wenn sich der Eigentümer der verlorenen Sache vor Ablauf der Jahresfrist meldet, ist er der allein Geschädigte. Der Finder kann also bei einer Verletzung seines Anwartschaftsrechts einen Schadensersatzanspruch erst nach Ablauf der Jahresfrist des § 973 BGB geltend machen.

2. Das Anwartschaftsrecht des Entdeckers beim Schatzfund

Ein Schatzfund liegt vor, wenn eine bewegliche Sache entdeckt wird, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (§ 984 BGB). Das Eigentum an dem entdeckten Schatz fällt je zur Hälfte an den Entdecker und an den Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war. Erworben wird das Eigentum durch Entdeckung und Besitzergreifung, und zwar tritt der Eigentumserwerb kraft Gesetzes im Augenblick der Besitzergreifung ein. Es entsteht Miteigentum des Entdeckers und des Eigentümers der Sache, in der der Schatz verborgen

⁴⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Bearb. 1959 § 79 A II 1 = S. 460

⁵⁾ RG JW 1931, 930

⁶⁾ Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 4 zu § 973 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 973 BGB

war, wobei dieser auch dann Miteigentümer wird, wenn ihm die Entdeckung des Schatzes nicht bekannt wird. Wird infolge der Entdeckung Besitz ergriffen, so vollzieht sich der Eigentumserwerb, gleichgültig, ob der Entdecker oder ein anderer den Besitz ergreift⁷⁾. Die Besitzergreifung muß aber jeweils die Folge der Entdeckung sein. Versäumt der Entdecker die Besitzergreifung und entdeckt ein anderer später unabhängig von ihm den noch verborgenen Schatz ebenfalls, so geht der andere vor, wenn er seinerseits Besitz ergreift⁸⁾.

Die Entdeckung begründet vor der Besitzergreifung für den Eigentümer der bergenden Sache und den Entdecker ein veräußerliches und vererbliches Eigentums-Anwartschaftsrecht⁹⁾, dessen Umwandlung in Eigentum von der Inbesitznahme der Sache abhängig ist¹⁰⁾. Nach Otto v. Gierke¹¹⁾ wird durch die Entdeckung dagegen nur ein ausschließliches Aneignungsrecht am Schatz begründet; besser ist es jedoch, das Recht zwischen Entdeckung und Besitzergreifung als Anwartschaftsrecht zu bezeichnen, weil zum Eigentumserwerb keine Aneignungshandlung des zukünftigen Eigentümers erforderlich ist, sondern vielmehr die Inbesitznahme durch einen beliebigen Dritten dem Berechtigten Eigentum verschafft.

Diese Rechtsstellung, die durch die Entdeckung eines Schatzes entsteht und durch das Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb verkörpert wird, ist genauso zu behandeln, wie die Rechtsstellung des Finders. Auch das durch die Entdeckung begründete Anwartschaftsrecht ist auf unmittelbaren Eigentumserwerb gerichtet. Es gehört daher zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Allerdings kann es nicht dadurch verletzt werden, daß ein anderer den Schatz auf Grund der Entdeckung durch den Anwartschaftsrechtsinhaber in Besitz nimmt und diesem entzieht. Denn durch die Besitzergreifung durch den anderen erwirbt der Entdecker die Ansprüche aus dem Eigentum und kann insbesondere die Herausgabe des Schatzes nach § 985 BGB verlangen¹²⁾. Dagegen kann das Anwartschaftsrecht durch Zerstörung oder Beschädigung des Schatzes in der Zeit zwischen Entdeckung und Besitzergreifung verletzt werden.

⁷⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 38 III 2 = S. 111

⁸⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Bd. III 1888 S. 384/390; Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 d zu § 984 BGB; RGRKomm. 10. Aufl. 1954 Anm. 2 u. 3 zu § 984 BGB; Staudinger-Berg, 11. Aufl. 1956 Anm. 2 a Rn. 2 zu § 984 BGB

⁹⁾ Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 2 d zu § 984 BGB; Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 2 zu § 984 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 83 III 1 b = S. 317; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 38 III 2 = S. 111

¹⁰⁾ Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 2 zu § 984 BGB

¹¹⁾ O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II 1905 § 135 V = S. 543

¹²⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 60, 3 = S. 298

§ 20. Anwartschaftsrechte bei der Hypothekenbestellung

Auch im Hypothekenrecht gibt es Anwartschaften, das heißt Erwerbstatbestände, bei denen zur Entstehung des Hypothekenvollrechts nur noch eine Erwerbstatsache fehlt. Hierher gehören insbesondere die Fälle, daß zur Entstehung der Hypothek nur noch Briefübergabe oder Entstehung der Forderung fehlen¹⁾.

1. Das Anwartschaftsrecht des Gläubigers zwischen Eintragung der Hypothek und Entstehung der Forderung

Wenn die Hypothek vor Entstehung der Forderung eingetragen ist, steht sie dem Eigentümer als Eigentümerhypothek zu (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB). Solange die zu sichernde Forderung noch nicht entstanden ist, stellt das Grundpfandrecht also eine vorläufige Eigentümergrundsuld dar²⁾. Es bedarf nur noch der Entstehung der Forderung, z. B. der Hingabe des Darlehens oder des Eintritts des Schadens, dessen Ersatz sichergestellt ist, um den Übergang der Hypothek auf den Gläubiger zu bewirken. Bis dahin ist sein Verhältnis zur Hypothek eine Anwartschaft³⁾. Der eingetragene Gläubiger, der noch nicht valuierten Hypothek hat ein Anwartschaftsrecht auf deren Erwerb, das mit der Valutierung zum Vollrecht erstarkt⁴⁾. Dieses Anwartschaftsrecht beruht auf der dinglichen Einigung gemäß § 873 Abs. 2 BGB mit dem Hypothekenberechtigten. Die Folge dieses Anwartschaftsrechts ist, daß alle Verfügungen des Eigentümers oder seiner Gläubiger über die Eigentümerhypothek dinglich gebunden sind. Sie werden unwirksam, soweit sie das durch die Entstehung der Forderung in ein volles Hypothekenrecht übergehende Anwartschaftsrecht des eingetragenen Gläubigers beeinträchtigen würden⁵⁾. Verfügungen über diese vorläufige Eigentümergrundsuld scheitern auch daran, daß die Eintragung der bloß vorläufigen Eigentümergrundsuld nicht zulässig ist und dementsprechend Verfügungen des Eigentümers über sie nicht eintragungsfähig sind (§ 39 GBO)⁶⁾. Insbesondere ist der Gläubiger gegen den Berichtigungsanspruch des Eigentümers bis zum endgültigen Wegfall der Valutierungspflicht gesichert, da der Eigentümer während der Schwebezeit die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen nicht erwirken kann. Seinem Berichtigungsanspruch gegen den Gläubiger steht dessen Anwartschaftsrecht auf den Erwerb der Hypothek entgegen⁷⁾. Da somit das Anwartschaftsrecht vor Entstehung der Forderung durch Verfügungen des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden kann⁸⁾, es also nicht verletzbar ist,

¹⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 5 III 3 b = S. 32

²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 c = S. 12/13

³⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 9 a = S. 188

⁴⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II 1, 8. u. 9. Aufl. 1905 § 116, 5 b = S. 744; Boehmer, Der Übergang der hypothekarischen Sicherung vom Zwischenkredit auf den Hauptkredit, ZAkDR 1940, 173 (175); Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 4 d zu § 1163 BGB

⁵⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II 1, 8. u. 9. Aufl. 1905 § 116, 5 b = S. 744

⁶⁾ Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 a zu § 1163 BGB; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 96 A II 3 = S. 470

⁷⁾ Lent, Vorläufige Eigentümergrundsuld und Hypothekenbrief, DNotZ 1937, 723 (724); Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 3 a zu § 1163 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 c = S. 13

⁸⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 9 a = S. 188

kann es auch nicht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden.

2. Das Anwartschaftsrecht des Hypothekengläubigers zwischen Einigung und Briefübergabe

Eine Eigentümerhypothek besteht gemäß § 1163 Abs. 2 BGB auch, solange der Hypothekenbrief dem Gläubiger nicht übergeben ist. Auch in diesem Fall hat der Hypothekengläubiger ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb der Hypothek⁹⁾. Dies wird allerdings bestritten¹⁰⁾, weil der Gläubiger die Hypothek nicht ipso iure erwerbe, sondern durch Übergabe des Briefes, auf die er einen obligatorischen Anspruch gegen den Eigentümer habe. Trotzdem kann man seine Rechtsstellung als Anwartschaft bezeichnen, weil die Übergabe des Hypothekenbriefes der letzte Erwerbsstatbestand zur Erlangung des Vollrechts ist, mit dessen Erfüllung die Hypothek von selbst dem Gläubiger zusteht. Aber auch in diesem Fall handelt es sich nicht um ein verletzbares Recht, das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist. Es gilt insoweit das gleiche wie für das Anwartschaftsrecht des Hypothekengläubigers zwischen Eintragung im Grundbuch und Entstehung der Forderung¹¹⁾.

3. Die Anwartschaft des Eigentümers auf eine Eigentümerhypothek

Die Hypothek, die bisher einem anderen Zustand, verwandelt sich in eine Eigentümerhypothek, wenn die gesicherte Forderung auf irgendeine Weise, namentlich durch Zahlung, Aufrechnung oder Konfusion, erlischt (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB) oder der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168 BGB). Diese Anwartschaft des Eigentümers auf den Erwerb der Eigentümergrundschuld begründet jedoch kein selbständiges subjektives Recht. Dies wird allerdings vereinzelt angenommen und die Verfügung und Pfändung dieses Anwartschaftsrechts für zulässig erklärt¹²⁾. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Denn diese Anwartschaft ist von selbst in jedem hypothekarisch belasteten Grundeigentum enthalten, so daß dem Eigentümer von der Rechtsordnung dadurch keine besondere Macht bzw. Rechtsstellung verliehen worden ist. Es handelt sich also nicht um eine rechtlich verselbständigte Befugnis, über die der Eigentümer neben seinem Eigentum verfügen könnte¹³⁾. Da diese Anwartschaft kein verwertungsfähiges Recht¹⁴⁾ ist, kann sie auch kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sein.

⁹⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II 1, 8. u. 9. Aufl. 1905 § 116 N. 39 = S. 745
¹⁰⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 9 a N. 28 = S. 188

¹¹⁾ Siehe oben S. 196

¹²⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 9 b = S. 188/189; Planck-Strecker, 5. Aufl. 1938 Anm. 4 zu § 1177 BGB

¹³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 c N. 18 = S. 13; § 146 III 1 c = S. 606

¹⁴⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 c zu § 1163 BGB

§ 21. Das Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217/
218; Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. 1960 § 5 III 3 b = S. 32

1. Die Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers

Ersitzung ist der originäre Eigentumserwerb durch fortgesetzten Eigenbesitz einer Sache. Die praktische Bedeutung der Ersitzung ist heute gering, weil der gutgläubige Erwerber meist ohne weiteres das Eigentum erwirbt. Einer Ersitzung bedarf es nur noch da, wo der gute Glaube versagt, insbesondere bei abhanden gekommenen Sachen oder bei einem Erwerb von einem geschäftsunfähigen oder nur beschränkt geschäftsfähigen Eigentümer. Der Besitzer einer Sache erwirbt gemäß § 937 BGB das Eigentum durch Ersitzung, wenn er sie 10 Jahre lang im Eigenbesitz gehabt und sie gutgläubig für seine eigene gehalten hat. Diese Rechtsstellung des Ersitzungsbesitzers ist ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Eigentums¹⁾. Die Rechtsnatur dieser Anwartschaft wird allerdings von Westermann²⁾ bestritten, da die Erwerbsaussicht des Ersitzungsbesitzers nicht genügend gesichert sei, um als Anwartschaftsrecht bezeichnet werden zu können. Der Eigentümer könne jederzeit seinen Herausgabeanspruch geltend machen und damit die Erwerbsaussicht zerstören. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Denn bei der Ersitzung ist die Nichtgeltendmachung des Eigentums während der 10jährigen Besitzzeit des Ersitzungsbesitzers der zum Erwerb des Eigentums gerade noch fehlende Tatbestand. Wenn dieser nicht fehlen würde, hätte der Ersitzungsbesitzer Volleigentum. Es handelt sich also ebenso wie bei den anderen Anwartschaftsrechten um ein in der Entwicklung zum Vollrecht begriffenes subjektives Recht. Insbesondere ist auch beim Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers der Fall denkbar, daß der Verkäufer auf Grund des Kausalgeschäfts einen Herausgabeanspruch gegen den Käufer hat und dadurch dessen Erwerbsaussicht zerstören kann. Trotzdem ist der Vorbehaltskäufer aber Inhaber eines Anwartschaftsrechts. Genauso liegt der Fall beim Ersitzungsbesitzer, dessen Eigentumserwerb dadurch bedingt ist, daß sich der Eigentümer während der 10jährigen Ersitzungszeit nicht meldet. Die Erwerbsaussicht des Ersitzungsbesitzers ist also so weitgehend gesichert, daß man sie als Anwartschaftsrecht und damit auch als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB bezeichnen kann³⁾.

Dieses Anwartschaftsrecht muß auch von denen als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden, die dem Besitz den Rechtsschutz dieser

¹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 6 = S. 186;
Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451;
Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 N. 11 = S. 11

²⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 5 III 3 b = S. 32

³⁾ Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451

Vorschrift versagen. Außerdem spielt dieses Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers insofern eine bedeutsame Rolle, als der Ersitzungsbesitzer kein Recht zum Besitz hat und richtiger Auffassung nach nicht der Besitz selbst, sondern nur das Recht zum Besitz ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist⁴⁾. Eingriffe in den Besitz des Ersitzungsbesitzers fallen also nur dann unter den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie eine Verletzung von dessen Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb enthalten⁵⁾.

2. Das Anwartschaftsrecht aus der Tabularersitzung

Tabular- oder Buchersitzung ist der Erwerb von zu Unrecht eingetragenen Grundstücken durch Eigenbesitz (§ 900 BGB). Nur das Eigentum und die beschränkten Grundstücksrechte, die zum Besitz des Grundstücks berechtigen oder deren Ausübung entsprechend dem Besitz geschützt ist, unterliegen der Tabularersitzung. Hierher gehören also z. B. der Nießbrauch und die Grunddienstbarkeiten, nicht dagegen Hypotheken. Der zu Unrecht als Berechtigter Eingetragene erwirbt das Recht, wenn die Eintragung 30 Jahre bestanden hat und er während dieser Zeit den Eigenbesitz an dem Grundstück oder den dem beschränkten dinglichen Recht entsprechenden Besitz gehabt hat. Ob der Eingetragene während dieser Zeit gutgläubig war, ist gleichgültig. Auch im Falle dieser Buchersitzung hat der Ersitzungsbesitzer ein Anwartschaftsrecht auf das Vollrecht⁶⁾. Dieses Anwartschaftsrecht hinsichtlich des Erwerbs von Grundstücksrechten ist ebenso wie das beim Erwerb von beweglichen Sachen ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Die Gründe, die dazu führen, sind die gleichen wie oben.

3. Die Verletzung der Anwartschaft des Ersitzungsbesitzers

Verletzbar ist das Anwartschaftsrecht des Ersitzungsbesitzers durch jeden Dritten, nur nicht durch den Eigentümer der in Ersitzung begriffenen Sache, weil dessen Eigentumsrecht überwiegt.

Verletzt wird dieses Anwartschaftsrecht durch jeden Eingriff in die Sache, welche Gegenstand der Anwartschaft ist. Solche Eingriffe sind insbesondere die Entziehung, Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung der in Ersitzung begriffenen Sache.

Verletzt und geschädigt werden kann der Ersitzungsbesitzer nur so lange, wie er das Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb inne hat. Dies ist bis zu dem Zeitpunkt der Fall, zu dem sich der wahre Eigentümer meldet und seinen Herausgabeanspruch geltend macht. Praktisch wird der Ersitzungsbesitzer jedoch seinen Schaden aus Eigentumsverletzung geltend machen, da er nach der Vorschrift des § 937 BGB zumindest gutgläubig sein muß. Rein rechtlich erwirbt er jedoch nur ein Anwartschaftsrecht auf den Schadensersatzanspruch. Geschädigt ist der Ersitzungsbesitzer dann, wenn durch den Eingriff seine Aussicht auf den Eigentumserwerb der unversehrten Sache vereitelt oder beeinträchtigt worden ist. Eine solche Beeinträchtigung oder Vereitelung liegt dann nicht vor, wenn der Eigentümer vor dem Ablauf der 10jährigen Ersitzungszeit seine Herausgabeansprüche geltend macht. In diesem Fall ist dem Anwartschaftsinhaber kein Schaden entstanden. Hat er den Schadensersatz von dem Schädiger bereits erhalten, so muß er ihn nach §§ 851, 816 Abs. 2 BGB

⁴⁾ Siehe unten S. 228 ff.

⁵⁾ Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451

⁶⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 6 = S. 186

herausgeben. Demgegenüber will v. Tuhr⁷⁾ nur dem Eigentümer der in Ersitzung begriffenen Sache einen Schadensersatzanspruch zubilligen, nicht aber dem Usukapienten. Entsprechend versagt er auch dessen Anwartschaftsrecht den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB. Daß diese Auffassung nicht richtig sein kann, ergibt sich schon daraus, daß bei dieser Lösung die Schadensersatzfrage ungeklärt bliebe, wenn sich der wahre Eigentümer nicht meldet. In diesem Fall ist aber der Ersitzungsbesitzer als Anwartschaftsrechtsinhaber der allein Geschädigte. Er muß also seinen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB selbst geltend machen können.

⁷⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217/218

§ 22. Das Anwartschaftsrecht des besitzenden Fruchtziehungsberechtigten

Ausdrücklich für Anerkennung als sonstiges Recht:

Linckelmann, Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1898 S. 21; Eccius, Kurze Erörterungen, II. Schuldhaftige Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8 (12); Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 6 = S. 25 ff; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 f zu § 823 BGB; Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV 1 a = S. 284; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217

1. Das Anwartschaftsrecht des besitzenden Fruchtziehungsberechtigten

Wer auf Grund einer persönlichen Gestattung des Nutzungsberechtigten sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache aneignen darf, erwirbt das Eigentum an den Sachen, auf die sich die Gestattung bezieht mit der Trennung, wenn ihm der Besitz der Sache überlassen ist (§ 956 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Gestattung begründet für den Gestattungsempfänger, dem der Besitz der Stammsache überlassen worden ist, ein absolutes Anwartschaftsrecht auf das Eigentum im Zeitpunkt der Trennung¹⁾. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Verschiedentlich wird das Recht des besitzenden Fruchtziehers als Aneignungsrecht auf die Früchte bezeichnet²⁾. Das ist jedoch nicht richtig, denn der Besitzer erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen mit der Trennung, das heißt mit ihrer Entstehung als selbständige Sachen, ohne eigene Tätigkeit³⁾. Es ist also zum Eigentumserwerb des Besitzers keine Aneignungshandlung erforderlich, da das Gesetz den Fruchterwerb an die Trennung knüpft, gleichgültig, wer die Erzeugnisse abtrennt⁴⁾. Dadurch wird das Anwartschaftsrecht auf den Fruchterwerb auch zu einem gegen jedermann wirksamen Recht⁴⁾ und nicht zu einem relativen Recht, das nur gegenüber dem Gestattenden wirkt⁵⁾. Jeder beliebige Dritte, der die Früchte von der Stammsache trennt, begründet dadurch für den besitzenden Gestattungsempfänger das Eigentum an ihnen.

Dieses absolute Anwartschaftsrecht des Fruchtziehers hat dingliche Wirkung⁶⁾. Sowohl dem Gestattenden als auch jedem anderen ist die Aneignung der Früchte unmöglich gemacht. Niemand kann den dinglichen Eigentumsanfall der Früchte an den Berechtigten verhindern. Infolgedessen bestehen keine Bedenken, dieses dingliche Anwartschaftsrecht des besitzenden Fruchtziehers zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Dem kann man auch nicht ent-

¹⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 1 b = S. 104

²⁾ Eccius, Kurze Erörterungen, II. Schuldhaftige Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8 (12); Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 f zu § 823 BGB

³⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 8 III 3 N. 6 = S. 173; § 9 III 6 = S. 186

⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV 1 a = S. 284

⁵⁾ Sch: Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 1 zu § 956 BGB

⁶⁾ Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 6 = S. 25

gegenhalten, daß durch den Pachtvertrag, der in der Regel das Kausalgeschäft für die Aneignungsgestattung an den Fruchtziehler ist, nur Forderungsrechte begründet werden könnten. Denn von dem Kausalgeschäft des Pachtvertrages, der schuldrechtliche Wirkungen hat, ist die Aneignungsgestattung des Erfüllungsgeschäftes zu unterscheiden. Diese ist eine Verfügung und kann daher dingliche Wirkungen gegenüber jedermann erzeugen.

Es ist deshalb nicht erforderlich, den gestörten Besitz an der fruchttragenden Stammsache als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch des Pächters anzusehen⁷⁾. Dies ist insofern von Bedeutung, als das Anwartschaftsrecht des Besitzers auf den Fruchterwerb auch von denen als sonstiges Recht anerkannt wird, die dem Besitz selbst den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB versagen⁷⁾. Wegen dieser dinglichen Rechtsstellung, die der Pächter genießt, ist für ihn der provisorische Besitzschutz des BGB überflüssig⁸⁾.

2. Die Verletzung des Anwartschaftsrechts des Fruchtziehers

Verletzbar ist das Anwartschaftsrecht des Fruchtziehers somit durch den Gestattenden, der in der Regel der Eigentümer der Stammsache ist, und jeden außenstehenden Dritten. Im Verhältnis zu dem Gestattenden konkurrieren also Ansprüche aus dem Pachtvertrag und unerlaubter Handlung wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts. Dabei muß erwähnt werden, daß als Kausalgeschäft für die Aneignungsgestattung hauptsächlich ein Pachtvertrag in Betracht kommt. Es sind jedoch auch andere Verträge denkbar, insbesondere die Aneignungsgestattung auf Grund einer Schenkung oder im Rahmen eines Dienstvertrages.

Verletzt wird das Anwartschaftsrecht des Fruchtziehers durch jede Vereitelung des Fruchterwerbs⁹⁾. Jeder Eingriff in die Früchte, solange sie noch nicht von der Muttersache getrennt sind, stellt eine Verletzung des Anwartschaftsrechts auf den Fruchterwerb dar. Hierher gehört also die Wegnahme, Entziehung, Zerstörung oder Beschädigung der Erzeugnisse und Früchte, soweit die Gestattung reicht. Da die Bestandteile und Erzeugnisse aber gemäß § 956 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Trennung in das Eigentum des Gestattungsempfängers fallen, liegt von diesem Zeitpunkt an bei einem Eingriff eine Verletzung seines Eigentums und nicht eines sonstigen Rechts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vor. Eine Verletzung des Anwartschaftsrechts kommt also hauptsächlich bei Beeinträchtigungen vor Abtrennung der Bestandteile und Erzeugnisse in Betracht. Hierher gehört also die Beschädigung der Früchte am Baum, z. B. durch Bespritzen mit einer schädlichen Flüssigkeit. Auch vor der Entstehung der Früchte kann bereits eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des Anwartschaftsrechts auf den Fruchterwerb in Betracht kommen. Dies wäre etwa bei einer Beschädigung der Blüten eines Obstbaumes, z. B. auch durch Bespritzen mit einer giftigen Flüssigkeit, der Fall¹⁰⁾. Hierdurch wird der Wert des Baumes nicht verringert, vielleicht sogar vergrößert, weil der ausgeruhete Baum im nächsten Jahr fähiger sein wird, Früchte zur Reife zu bringen. Geschädigt ist also dabei nicht der Eigentümer des Baumes, sondern nur der Pächter, der einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung seines Anwartschaftsrechts auf den Fruchterwerb geltend machen kann. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem ihm entstandenen Ernteausfall.

⁷⁾ Eccius, Kurze Erörterungen, II. Schuldhafte Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8 (12)

⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 17 = S. 53; Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 6 = S. 27

⁹⁾ Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451

¹⁰⁾ Eccius, Kurze Erörterungen, II. Schuldhafte Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 12 (14)

Auch durch Eingriffe in die Muttersache selbst, z. B. ihre gänzliche oder teilweise Zerstörung oder Beschädigung, kann das Anwartschaftsrecht des Fruchtziehers verletzt werden. Dies ist der Fall beim Absägen eines Baumes oder einzelner Äste. Dadurch ist nicht nur der Fruchtzieber geschädigt, soweit seine Anwartschaft auf den Fruchterwerb vereitelt oder beeinträchtigt wird, sondern auch der Eigentümer der Stammsache. In einem solchen Fall steht beiden Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zu, der sich beim Eigentümer auf die Verletzung seines Eigentums und beim Fruchtzieber auf die Verletzung seines Anwartschaftsrechts erstreckt. Jeder kann nur den ihm entstandenen Schaden geltend machen. Das ist beim Eigentümer der Verlust oder die Wertminderung der Muttersache sowie ein etwaiger Pachtzinsausfall; beim Fruchtzieber dagegen beläuft sich der Schaden auf den Verlust der Erzeugnisse und Bestandteile, die er ohne den verletzenden Eingriff gewonnen hätte. Es wird ihm also in der Regel der tatsächlich entstandene Ernteausfall zu ersetzen sein.

3. Das Anwartschaftsrecht bei der Gestattung durch einen Nichtberechtigten

Ein Anwartschaftsrecht zugunsten des Besitzers kann auch dann entstehen, wenn derjenige, der die Aneignung einem anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen wird, bei der Überlassung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt (§ 957 BGB). Voraussetzung für die Entstehung des Anwartschaftsrechts bei der Gestattung durch einen Nichtberechtigten ist die Gutgläubigkeit des Gestattungsempfängers bei der Überlassung des Besitzes und Abtrennung der Erzeugnisse. Ferner muß der Gestattende Besitzer der Stammsache oder Teilbesitzer der ungetrennten Bestandteile sein. Dies steht nicht im Gesetz, ergibt sich aber aus dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß ein äußerer Vertrauenstatbestand vorliegen muß, als solcher bei Fahnris aber nur der Besitz in Betracht kommt¹¹⁾.

Das durch die Gestattung zugunsten des Besitzers entstehende Recht auf den Fruchterwerb ist ebenso wie bei der Gestattung durch den Berechtigten ein dingliches Anwartschaftsrecht und somit auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹²⁾. Allerdings ist dieses Anwartschaftsrecht nicht durch den Eigentümer der Stammsache verletzbar, da dessen stärkeres Eigentumsrecht überwiegt. Im übrigen gilt das gleiche, was oben über das Anwartschaftsrecht auf Grund der Gestattung durch einen Berechtigten gemäß § 956 BGB gesagt wurde.

4. Das Anwartschaftsrecht des gutgläubigen Besitzers

Der Besitzer einer Sache, der sich auf Grund seines vermeintlichen Eigentums (Eigenbesitzer) oder seines vermeintlichen dinglichen Nutzungsrechts (z. B. Nießbrauch) für dinglich nutzungsberechtigt hält, erwirbt das Eigentum an den natürlichen Sachfrüchten originär mit der Trennung (§ 955 BGB). Ausnahmsweise tritt der Eigentumserwerb nicht ein, wenn der Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder vor der Trennung der Früchte den Rechtsmangel erfährt. Voraussetzung für den Eigentumserwerb ist also die redliche Ausübung des Be-

¹¹⁾ RG 108, 269 (271); Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1956 S. 275; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 IV 5b = S. 287; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 36 IV 2 = S. 104; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 957 BGB

¹²⁾ Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 6 = S. 25/26; Siber, Grundriß des Deutschen bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 b = S. 451

sitzes. Wichtige Fälle des § 955 BGB betreffen den Eigenbesitzer, der z. B. wegen Nichtigkeit der Auflassung kein Eigentum erworben hat, oder den Nießbrauchsbesitzer bei Nichtigkeit der Nießbrauchsbestellung¹³⁾.

Bis zum Zeitpunkt der Trennung ist der gutgläubige Besitzer Inhaber eines Anwartschaftsrechts auf die Früchte, deren Eigentum er mit der Trennung erwirbt. Seiner Natur nach handelt es sich um ein Nutzungs- und Erwerbsrecht. Da es alle anderen vom Fruchterwerb ausschließt, handelt es sich um ein absolutes Anwartschaftsrecht und somit auch um ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB¹⁴⁾. Allerdings ist auch dieses Anwartschaftsrecht nicht durch den wahren Eigentümer verletzbar, der gegenüber dem gutgläubigen Besitzer die stärkere Position hat. Im übrigen gilt für die Verletzung dieses Anwartschaftsrechts das gleiche wie für dasjenige gemäß § 956 Abs. 1 S. 1 BGB¹⁵⁾.

5. Anwartschaftsrechte der dinglich Berechtigten

Wer ein dingliches Recht an einer fremden Sache hat, erwirbt mit der Trennung originär das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen, auf die sich das Nutzungsrecht bezieht (§ 954 BGB). Solche dinglichen Rechte zum Erwerb von Sachbestandteilen sind insbesondere das Erbbaurecht (§ 1013 BGB; § 1 ErbbVO), der Nießbrauch (§§ 1030, 1038, 1039 BGB), sonstige Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1090 BGB, § 31 WEG), Nutzpfundrechte (§ 1213 BGB)¹⁶⁾. Ferner gehören hierher Bergrechte und andere landesrechtliche Nutzungsrechte (Art. 196, 197 EGBGB).

Bis zum Eigentumserwerb an den Früchten im Zeitpunkt der Trennung hat der dinglich Berechtigte ein dingliches Anwartschaftsrecht auf den Fruchterwerb¹⁷⁾, das ebenso wie in den anderen Fällen ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist¹⁸⁾. Die dinglichen Fruchtrechte genießen also einen doppelten Rechtsschutz durch § 823 Abs. 1 BGB. Einmal ist das dingliche Recht selbst, wie das Erbbaurecht und die Dienstbarkeit, ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, zum anderen genießt aber auch das sich aus diesen Rechten ergebende Anwartschaftsrecht auf den Fruchterwerb den Rechtsschutz dieser Vorschrift. Jede Beeinträchtigung oder Vereitelung der Anwartschaft auf den Fruchterwerb durch den Eigentümer oder einen außenstehenden Dritten bedeutet also eine Verletzung dieser Rechte.

6. Der Fruchterwerb des Eigentümers

Kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist die Anwartschaft des Eigentümers auf die Früchte der ihm gehörenden Muttersache. Denn Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Stammsache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 BGB ein anderes ergibt. Er genießt also als Eigentümer den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB und nicht als Inhaber eines sonstigen Rechts.

¹³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 77 III = S. 282

¹⁴⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 6 = S. 186; Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 5 = S. 24

¹⁵⁾ Siehe oben S. 201 ff.

¹⁶⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 954 BGB

¹⁷⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 9 III 6 = S. 186

¹⁸⁾ Schmidt, Sind die Rechte auf unmittelbaren Erwerb an Früchten der §§ 954 bis 957 BGB absolute Rechte i. S. des § 823 Abs. 1, 1926 § 5 = S. 24

§ 23. Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1902 § 325 II 2 = S. 1020; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. Sachenrecht 1905 § 34 N. 19 = S. 180; Dernburg, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Bd. Die allgemeinen Lehren 3. Aufl. 1906 § 154 II 4 = S. 513; Biermann, Bürgerl. Recht, 1. Bd. Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1908 § 81 = S. 299; Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 Anm. 7 zu § 160 BGB; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2 k zu § 823 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 h zu § 823 BGB; Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 98 ff.; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 S. 450; Jacusiel, Der Eigentumsvorbehalt, 1932 S. 59; Leitzgus, Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, 1938 S. 12; OLG München HRR 1942 Nr. 275; RG 170, 1 (6) = DR 1942, 1363; Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, 3. Aufl. 1943 2. Halbbd. S. 211; Staudinger-Ostler, 11. Aufl. 1954 Anm. IV 2 e Rn. 43 zu § 455 BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II = S. 852/3; Baumbach-Duden, 12. Aufl. 1956 Anh. § 368 II 1 A HGB; Schlegelberger-Hefermehl, 3. Aufl. 1956 Anh. § 368 HGB Anm. A II 3 Rn. 13; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11; BGH LM Nr. 1 § 823 (Ad) BGB = JR 1957, 419 = BB 1957, 346 = Betrieb 1957, 452 = VersR 1957, 297 = WM IV B 1957, 514 = Dtspr. I (145) 40 a; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958 § 35 A VI 1 a = S. 265; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 b = S. 939; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 d zu § 823 BGB; Achilles-Greifff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a = S. 350; Henke, Bedingte Übertragung im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 62; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 c u. 6 a zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 B b zu § 929 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 22 zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 108, 5 = S. 506, § 202, 1 b = S. 845

Gegen Anerkennung als sonstiges Recht:

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 106 ff.; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. II 2 1918 § 81 I 2 = S. 297; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 39/40; A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, II. Teil Über bedingte Verfügungsgeschäfte, 1939 § 15 III = S. 244 ff.; Loewenwarter-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120

1. Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers

Bei bedingter Übereignung gemäß § 455 BGB, bei der sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat, erfolgt die Übertragung des Eigentums im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises. Der Vorbehaltskäufer erlangt aus der bedingten Übereignung ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum. Dadurch wird dem Käufer eine über die Kaufrechtsansprüche hinausgehende Rechtsstellung verschafft¹⁾. Um ein Anwartschaftsrecht handelt es sich insofern, als zum Eigentumserwerb keine Übertragungshandlung mehr erforderlich ist, da durch die Zahlung der Eintritt der Bedingung und damit der Eigentumserwerb herbeigeführt wird¹⁾. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist ein bedingtes Recht, das eine rechtlich gesicherte und geschützte Rechtsstellung für den Anwartschaftsinhaber begründet²⁾. Es ist ein in der Entwicklung auf das Eigentum hin begriffenes Recht, ein Entwicklungsstadium des Vollrechts³⁾.

¹⁾ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 108, 5 = S. 505/506

²⁾ RG 140, 223 (225); Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 B b zu § 929 BGB

³⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 5 III 3 a = S. 31; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Einl. 3 c zum Sachenrecht; BGH NJW 1955, 544

Für die Frage nach dem Schutz der Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers durch § 823 Abs. 1 BGB ist es zunächst von Bedeutung, ob er durch die bedingte Über-eignung bereits Eigentümer des Kaufgegenstandes geworden ist. In Anlehnung an das nordamerikanische Recht will Blomeyer⁴⁾ schon nach geltendem Recht dem Vorbehaltskäufer Eigentum und dem Verkäufer dagegen nur ein besitzloses Pfandrecht zusprechen. Er zeigt die Entwicklung des Pfandes vom Verfall- zum Verwer-tungsrecht des Gläubigers und macht es sich zur Aufgabe, die Verwandtschaft zwischen bedingter Übereignung und Pfandrecht für das heutige deutsche Recht nachzuweisen. Als Beispiel nennt er das Pfandrecht an einer Geldsumme. Gegen die heute herrschende Auffassung vom Eigentumsvorbehalt wendet er ein, das vor-behaltene Eigentum sei im deutschen Recht noch nicht ausgereift. Obwohl es streng vom Pfandrecht unterschieden werde, sei es doch nur eine Abart des Pfandes, ein vom Gesetz zugelassenes Verfallpfand des Verkäufers⁵⁾. Die Über-tragung des sogenannten Anwartschaftsrechts bedeute in Wirklichkeit eine Über-tragung pfandbelasteten Eigentums⁶⁾. Besonders bei der Veräußerung dieses Anwartschaftsrechts zeige sich die Unvollkommenheit der bisherigen Lehre. Da sich die Übertragung des Anwartschaftsrechts nach den für das Fahrniseigentum gel-tenden Regeln (§§ 929 ff BGB) vollziehe⁷⁾, müsse der Käufer bei einer Veräu-ßerung des Anwartschaftsrechts den Besitz am Kaufgegenstand übertragen. Er dürfe aber den Besitz der Sache, den er in der Regel inne hat, nicht weggeben oder aufhören, ihn dem Vorbehaltsverkäufer zu vermitteln. Daher könne er nicht über sein Recht verfügen, ohne den Kaufvertrag zu verletzen, es sei denn, daß der Verkäufer mit der Aufgabe des Besitzes einverstanden ist⁸⁾. Wenn man dagegen den Käufer als Eigentümer ansehe, so könne er den mittelbaren Eigenbesitz übertragen, den ihm der Verkäufer als Pfandgläubiger vermittele⁹⁾. Er verstoße dabei weder gegen den Vertrag, noch sei er von seinem Geschäftsgegner abhängig. Demgemäß lehnt Blomeyer den Begriff des Anwartschaftsrechts überhaupt ab⁷⁾. Der Bestand des Anwartschaftsrechts sei von dem später liegenden Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht. Eine kausale Rück-wirkung eines zeitlich später auftretenden Umstandes auf den Bestand einer früher liegenden Rechtswirkung sei aber undenkbar. Nach Blomeyers Auffassung bestehe somit zwischen bedingten und unbedingten Rechtsgeschäften kein wesentlicher Unterschied⁷⁾. Dem Standpunkt Blomeyers pflichten im wesentlichen Graue⁸⁾ und Münzel⁹⁾ bei. Nach ihnen ist das Recht des Vorbehaltsverkäufers kein wahres und volles Eigentum, sondern zumindest wirtschaftlich gesehen ein Pfandrecht.

Gegen diese Lehre hat sich die herrschende Meinung¹⁰⁾ gewandt. Für das geltende Recht kann im Einklang mit der herrschenden Lehre der Ansicht Blo-meyers nicht zugestimmt werden, da diese keine Grundlage im Gesetz hat. Dem Veräußerer steht bis zum Übergang seines Eigentums auf den Anwartschafts-

⁴⁾ A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte 1938, 2. Teil Über bedingte Verfügungsgeschäfte 1939 S. 220 ff.; S. 248 ff.

⁵⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 b = S. 12

⁶⁾ A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 2. Teil Über bedingte Verfügungsgeschäfte, 1939 S. 250; Blomeyer, Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153, 239

⁷⁾ A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 1. Teil Über bedingte Verpflichtungsgeschäfte 1938 S. 39 ff., 65

⁸⁾ Graue, Der Eigentumsvorbehalt im Deutschen Recht, 1954 S. 14

⁹⁾ Münzel, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbereignung, MDR 1951, 129 (130/131)

¹⁰⁾ Schütz, Die Umwandlung des Eigentumsvorbehalts in ein Pfandrecht, 1940 S. 68 ff.; BGH 10, 69; Lange, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1958 § 12 IV 3 = S. 90/91; Duden, JZ 1954, 41; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 b N. 13 = S. 12, § 179 III N. 15 = S. 735; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958 § 35 A VI 1 a = S. 265; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II = S. 852/853

berechtigten das volle Eigentum zu, weil das vorbehaltene Eigentum gemäß § 455 BGB im Zweifel erst nach vollständiger Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergeht¹¹⁾. Der Vorbehaltskäufer kann daher nach dem jetzt geltenden Recht gemäß § 455 BGB vor Eintritt der Bedingung durch Zahlung des Kaufpreises noch kein Eigentum an dem Kaufgegenstand erwerben; dieses steht vielmehr bis zum Bedingungseintritt nach wie vor dem Vorbehalts-Verkäufer zu, der also nicht nur Inhaber eines beschränkten dinglichen Verwertungsrechts, sondern Eigentümer ist. Es bleibt ihm ein um das Anwartschaftsrecht des Schuldners vermindertes und mit diesem belastetes Eigentum¹²⁾. Die Auffassung Blomeyers¹³⁾, der die Rechtsfigur des Anwartschaftsrechts verwirft und dem Vorbehaltskäufer schon volles Eigentum, dem Verkäufer dagegen ein besitzloses Verfallpfandrecht zuspricht, scheitert schon daran, daß dem BGB ein besitzloses Pfandrecht fremd ist¹⁴⁾. Außerdem ist diese Umkehrung der herkömmlichen Betrachtungsweise weder rechtsdogmatisch noch rechtspolitisch, etwa zur Verstärkung des Schutzes des Käufers, geboten¹⁴⁾.

Der Vorbehaltskäufer ist daher bis zum Erwerb des Volleigentums im Zeitpunkt des Bedingungseintritts durch Zahlung des Restkaufpreises Inhaber eines Anwartschaftsrechts auf den Eigentumserwerb. Dieses Anwartschaftsrecht verschafft dem Vorbehaltskäufer eine genügend gesicherte Rechtsstellung, die über die Kaufrechtsansprüche hinausgeht, da zum Eigentumserwerb keine Übertragungshandlungen mehr erforderlich sind. Denn der Käufer kann mit der Zahlung den Eintritt der Bedingung und damit den Vollerwerb herbeiführen¹⁵⁾. Diese Rechtsstellung gehört also schon zu seinem Vermögen, sie ist nichts anderes als das bedingte Vollrecht¹⁵⁾. Es ist anerkannten Rechts, daß das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers vererblich, übertragbar und verpfändbar ist¹⁶⁾. Streitig ist lediglich noch die Frage, ob dem Anwartschaftsrecht dinglicher Charakter zuzusprechen ist oder nicht. Teils wird es als Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Eigentums ebenso wie dieses als dingliches Recht angesehen¹⁷⁾, teils als unvollkommen dingliches Recht, das den dinglichen Rechten verwandt ist, bezeichnet¹⁸⁾, oder es wird der dingliche Charakter ausdrücklich verneint¹⁹⁾. Diese Frage braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Auf jeden Fall ist das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ein absolutes Recht. Seine Rechtsstellung unterscheidet sich von derjenigen des Inhabers einer schuldrechtlichen Forderung auf spätere Eigentumsübertragung grundlegend dadurch, daß er mit dem Eintritt der Bedingung, dem Erlöschen des Eigentumsvorbehalts, ohne weiteres Eigentümer der Sache wird²⁰⁾. Das Anwartschaftsrecht ist also ein dem Volleigentum wesensähnliches Recht, das

¹¹⁾ Lange, BGB Allg. Teil, 4. Aufl. 1958 § 12 IV 3 = S. 91

¹²⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 179 III = S. 735

¹³⁾ A. Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 2. Teil Über bedingte Verfügungsgeschäfte 1939 S. 186 ff., 237 ff.; Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb AcP 153, 239

¹⁴⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 179 III 1 N. 15 = S. 735

¹⁵⁾ Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 108, 5 = S. 505/506

¹⁶⁾ RG 140, 225; BGH 20, 88 (100); OLG Celle NJW 1955, 671; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 b N. 14 = S. 12; Henke, Bedingte Übertragung im Rechtsverkehr u. Rechtsstreit, 1959 S. 11; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 108, 5 = S. 506; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 B b zu § 929 BGB

¹⁷⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II 4 = S. 853; H. Lehmann, Allgem. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958 § 35 VI 1 a = S. 265; Palandt-Danckelmann, 19. Aufl. 1960 Einf. 3 vor § 158 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 B b zu § 929 BGB

¹⁸⁾ Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Einl. 3 c zum Sachenrecht; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 2 II 3 = S. 11; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 5 III 3 c = S. 32

¹⁹⁾ Staudinger-Ostler, 11. Aufl. 1954 Bem. IV 2 e Rn. 43 zu § 455 BGB

²⁰⁾ BGH 10,69 (72); 20,88 (98 ff)

ebenso wie jenes unmittelbar gegen Dritte wirkt und vor deren Angriffen geschützt werden muß. Es ist somit ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Dabei handelt es sich nicht um ein durch Parteiautonomie geschaffenes neues Recht, da das BGB die bedingte Übereignung in § 455 BGB ausdrücklich behandelt.

Auch das Eigentumsanwartschaftsrecht dessen, dem der Vorbehaltskäufer sein durch Zahlung des Kaufpreises bedingtes Eigentum — zur Sicherheit oder endgültig — weiterübertragen hat, ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, da sich seine Rechtsstellung nicht von der des Vorbehaltskäufers unterscheidet²¹⁾. Das Anwartschaftsrecht ist das gleiche wie das des Vorbehaltskäufers und verdient daher ebenfalls den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB. Dasselbe gilt für das Anwartschaftsrecht des Verkäufers, der das Eigentum auflösend bedingt (§ 158 Abs. 2 BGB) übertragen hat, nur daß hier die Rechtsstellung der beteiligten Personen vertauscht ist.

Schulz-Schaeffer²²⁾ und Struwe²³⁾ wollen das Anwartschaftsrecht nicht zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen, da dem aus der Anwartschaft Berechtigten die für den Begriff des subjektiven Rechts wesentliche konkrete Willensherrschaft fehle. Daher werde bei der Beschädigung eines Gegenstandes, an welchem jemandem bedingt Eigentum übertragen worden sei, kein Recht des Erwerbers, sondern nur das Recht des derzeitigen Eigentümers verletzt. Von diesem müsse sich der Erwerber auf Grund des Surrogationsprinzips des § 281 BGB den Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB abtreten bzw. das als Ersatz Empfangene herausgeben lassen²⁴⁾. Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Dem Vorbehaltskäufer ist durch die Rechtsordnung eine besondere Rechtsstellung bzw. Macht verliehen worden, die der Befriedigung seiner Interessen dient (§§ 160, 161 BGB). Die dem Vorbehaltskäufer auf Grund der bedingten Übereignung verliehene Rechtsstellung ist somit ein subjektives Recht; sie ist veräußerlich und übertragbar.

2. Die Verletzung des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers

Der bedingt Verpflichtete, also der Vorbehaltsverkäufer, darf das von der Bedingung abhängige Recht in der Zwischenzeit weder vereiteln noch beeinträchtigen. Wird während des Schwebens der Bedingung das von der Bedingung abhängige Recht von dem anderen Teil schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt, so hat der bedingt Berechtigte beim Eintritt der Bedingung einen Schadensersatzanspruch nach § 160 Abs. 1 BGB, jedoch steht ihm dieser Entschädigungsanspruch nur beim Eintritt der Bedingung zu²⁵⁾. Durch § 160 Abs. 1 BGB ist also der Schadensersatzanspruch des Vorbehaltskäufers wegen schuldhafter Verletzung seines Anwartschaftsrechts durch den Vorbehaltsverkäufer endgültig und abschließend geregelt. Im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber geht also § 160 Abs. 1 BGB als besondere Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts auf den Eigentumserwerb der allgemeinen Haftungsregelung des § 823 Abs. 1 BGB vor. Eine Verletzung des Anwartschaftsrechts durch den Verkäufer fällt daher nicht unter § 823 Abs. 1 BGB²⁶⁾, sondern nur unter § 160

²¹⁾ BGH LM Nr. 1 § 823 (Ad) BGB = JR 1957, 419 = BB 1957, 346 = Betrieb 1957, 452 = VersR 1957, 297 = WM IV B 1957, 514 = Dtspr I (145) 40 a

²²⁾ Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 106 ff

²³⁾ Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 § 10 S. 40/41

²⁴⁾ Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, 1915 S. 108

²⁵⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd, 1955 § 197 II 2 = S. 852; H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958 § 35 A VI 1 a = S. 265

²⁶⁾ Eрман-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 d zu § 823 BGB

Abs. 1 BGB. Hierher gehört also die Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung der bedingt übereigneten Sache durch den Verkäufer. Von der Rechtsprechung sind dem Anwartschaftsinhaber gegenüber dem durch Selbsthilfe widerrechtlich handelnden Verkäufer wiederholt Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des Besitzrechts des Käufers zugesprochen worden²⁷⁾, ohne daß dabei Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers erörtert worden wären.

Dagegen kann das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers nicht durch Verfügungen des Verkäufers während der Schwebezeit verletzt werden. Denn nach § 161 Abs. 1 BGB ist nach einer Verfügung über einen Gegenstand, die unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt ist, jede weitere Verfügung, die der Verkäufer während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die Anwartschaft vereiteln oder beeinträchtigen würde. Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 161 Abs. 1 S. 2 BGB). Gutgläubige Dritte werden ebenso wie beim Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt (§ 161 Abs. 3 BGB). Durch eine Veräußerung nach § 931 BGB kann der Verkäufer das Anwartschaftsrecht nicht verletzen, da auch ein gutgläubiger Erwerber in entsprechender Anwendung des § 936 Abs. 3 BGB nur das auflösend bedingte Eigentum des Verkäufers erwirbt²⁸⁾. Das Anwartschaftsrecht des Käufers kann also durch eine solche Verfügung des Verkäufers nicht beeinträchtigt werden.

Zweifelhaft ist dagegen die Frage, inwieweit dem Anwartschaftsinhaber ein Schadensersatzanspruch zusteht, wenn sein Recht aus der bedingten Übereignung durch einen außenstehenden Dritten verletzt wird. Ein solcher Schadensersatzanspruch gegenüber einem dritten Schädiger wird von v. Tuhr²⁹⁾ und ihm folgend von Loewenwarter-Bohnenberg³⁰⁾ abgelehnt. Das Anwartschaftsrecht des bedingten Erwerbers als solches soll noch keinen Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB genießen, da das Eigentum als das stärkere Recht einem Vorberechtigten zusteht. Dieser Vorberechtigte allein habe den Anspruch aus Verletzung seines Eigentums. Für die Nacherbschaft ergebe sich das aus der Surrogationsvorschrift des § 2111 BGB, wonach der Schadensersatzanspruch wegen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes zur Erbschaft gehöre und daher ein Recht des Vorerben sei, welches erst mit Eintritt des Nacherbfalles auf den Nacherben übergehe. Ebenso verhalte es sich bei bedingter Tradition; aus der Schädigung der Sache vor Eintritt der Bedingung entstehe der Ersatzanspruch für den Tradenten. Dieser sei aber aus dem Kausalverhältnis nach § 281 BGB verpflichtet, den Anspruch bei Eintritt der Bedingung an den Erwerber abzutreten³¹⁾. Demgegenüber ergibt sich jedoch aus der Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts, daß es seinem Rechtsinhaber eine gegenüber jedermann rechtlich geschützte Stellung gewährt. Da das Anwartschaftsrecht Vermögensbestandteil des besitzenden Käufers geworden ist, genießt er hinsichtlich seines Rechts den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB. Der Vorbehaltskäufer kann also bei der Verletzung seines Anwartschaftsrechts durch Dritte Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB erheben. Unabhängig davon ist die Frage zu behandeln, ob diese Schadensersatzansprüche bereits vor dem

²⁷⁾ OLG München HRR 1939 Nr. 1220; RG WarnRspr. 1940 Nr. 97; Staudinger-Ostler, 11. Aufl. 1954 Bem. IV 2 e Rn. 43 zu § 455 BGB

²⁸⁾ Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 d zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 936 BGB

²⁹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217

³⁰⁾ Loewenwarter-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120

³¹⁾ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 III = S. 217

Eintritt der Bedingung oder erst hinterher geltend gemacht werden können, sowie das Problem, wie sich der Schadensersatzanspruch des Eigentümers und derjenige des Anwartschaftsinhabers zueinander verhalten ³²⁾).

Verletzbar ist das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers also durch jeden außenstehenden Dritten. Es wird verletzt durch jede Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung der Sache, welche Gegenstand des Anwartschaftsrechts ist. Hierher gehört der Fall, daß das unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Kraftfahrzeug des Klägers an einem Bahnübergang von einem herannahenden Zug erfaßt und beschädigt wird ³³⁾, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB gegeben sind. Im vorliegenden Fall hatte der Schrankenwärter schuldhaft gehandelt. Ein Dritter kann das Anwartschaftsrecht auch durch Veräußerung der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache verletzen. Dies kann besonders dann der Fall sein, wenn der Vorbehaltskäufer sein Anwartschaftsrecht an einen Dritten abgetreten hat, aber selbst noch im Besitz der Sache ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Dritte glaubt, der Vorbehaltskäufer sei Eigentümer der betreffenden Sache, oder ob ihm nur das Anwartschaftsrecht abgetreten wird. In beiden Fällen kann der Dritte nur das Anwartschaftsrecht auf den Eigentumsübergang nach Bezahlung des Restkaufpreisbetrages erlangen. Ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 932 BGB ist nicht möglich, weil der Zedent den Besitz der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache behält. Veräußert der Besitzer diese Sache, welche Gegenstand des Anwartschaftsrechts des Dritten ist, so verletzt er dessen Anwartschaftsrecht auf den Eigentumserwerb ³⁴⁾.

Streitig ist, ob der geschädigte Anwartschaftsinhaber seinen Schadensersatzanspruch unmittelbar nach Eintritt der Schädigung oder erst im Falle des Bedingungseintritts geltend machen kann. Nach der herrschenden Meinung ³⁵⁾ soll der Schadensersatzanspruch dem Vorbehaltskäufer erst nach Eintritt der Bedingung zustehen. Dies soll aus Analogie zu § 160 BGB folgen, da es unmöglich sei, daß der bedingt Berechtigte gegen Dritte stärker geschützt werde als gegen seinen Vertragsgegner. Erst durch den Eintritt der Bedingung entscheide es sich, ob dem bedingt Berechtigten ein Schaden erwachsen sei ³⁶⁾. Gegen diese Auffassung, daß über die etwaigen Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts erst nach Bedingungseintritt zu entscheiden sei, hat sich eine Gegenmeinung gebildet ³⁷⁾, die die Forderung erhebt, daß dem Anwartschaftsinhaber der Schadensersatz unmittelbar nach Eintritt der Schädigung gewährt werden müsse. Während die herrschende Lehre über die Schadensersatzansprüche nur für die Zeit nach dem Bedingungseintritt entscheiden will, ist nach der Gegenmeinung der Ersatzberechtigte schon vor Bedingungseintritt festzustellen. Indes erhebt Blomeyer ³⁸⁾ die Frage, ob eine Verteilung der Schadensersatzansprüche vor Bedingungseintritt angesichts der

³²⁾ Siehe unten

³³⁾ RG 170, 1 = DR 1942, 1363; OLG München HRR 1942 Nr. 275

³⁴⁾ BGH LM Nr. 1 § 823 (Ad) BGB = JR 1957, 419 = BB 1957, 346 = Betrieb 1957, 452 = VersR 1957, 297 = WM IV B 1957, 514 = Dtrspr. I (145) 40 a

³⁵⁾ Biermann, Bürgerl. Recht, 1. Bd. Allgemeine Lehren u. Personenrecht, 1908 § 81 = S. 299; Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 Anm. 7 zu § 160 BGB; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 h zu § 823 BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II = S. 852/3; H. Lehmann, Allgem. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958 § 35 A VI 1 a = S. 265

³⁶⁾ Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 Anm. 7 zu § 160 BGB

³⁷⁾ v. Tuhr, Der Allgem. Teil d. Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. II 2 1918 § 81 I 2 N. 43 = S. 297; Rühl, Eigentumsvorbehalt u. Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 101; Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 1939 S. 245/6; Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr u. Rechtsstreit, 1959 S. 58

³⁸⁾ Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, 2. Teil Über bedingte Verfügungsgeschäfte, 1939 S. 246

ungewissen Rechtslage überhaupt möglich sei. Dieses Problem ist jedoch erst in zweiter Linie zu entscheiden. Zunächst muß die Frage beantwortet werden, ob und inwieweit der Anwartschaftsinhaber vor Bedingungseintritt einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Die Frage ist zu bejahen, da jeder, der in seinen Rechten durch einen anderen verletzt wird, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB gegenüber dem Schädiger unmittelbar nach dem Eintritt des Schadens seinen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Dabei ergibt sich auch für den Anwartschaftsinhaber aus bedingter Übereignung keine Ausnahme. Er ist in seinem Anwartschaftsrecht geschädigt und muß daher auch sofort nach der Schädigung Ersatz bekommen. Die Schwierigkeiten, die sich ergeben, weil der Eigentümer und Vorbehaltsverkäufer gleichzeitig einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung seines Eigentums hat, dürfen jedenfalls nicht dazu führen, den geschädigten Anwartschaftsinhaber wegen des Schadensersatzes bis zur Zeit nach Bedingungseintritt warten zu lassen. Der Schädiger würde hierdurch ungerechtfertigt begünstigt, und die Verletzten wären dagegen erheblich benachteiligt und in ihrem Rechtsschutz gefährdet³⁹⁾. Unter Umständen brauchte der Schädiger während der mitunter langen Laufzeit eines Kredits sein Vermögen nicht anzugreifen, um Schadensersatz zu leisten, während demgegenüber dem geschädigten Anwartschaftsinhaber die Nutzung des beschädigten Gegenstandes in der Zwischenzeit entginge⁴⁰⁾. Es ist dem Geschädigten also nicht zuzumuten, daß die Wiedergutmachung des Schadens bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung, also dem Fortfall der Ungewißheit, aufgeschoben wird.

3. Art und Umfang des Schadensersatzanspruchs

Der Schadensersatzanspruch des Vorbehaltskäufers wegen Beschädigung der gekauften Sache ergibt sich aus der Verletzung seines Anwartschaftsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB⁴¹⁾. Die Gefahr ist nach § 446 BGB auf den Vorbehaltskäufer übergegangen.

Aus dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ergibt sich für ihn eine doppelte Rechtsstellung: er hat ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum an der veräußerten Sache und außerdem ein Recht auf Gebrauch und Nutzung des betreffenden Gegenstandes⁴¹⁾. Dabei braucht für die Frage des Schadensersatzanspruches das Problem, ob der Anwartschaftsinhaber auch ein Recht zum Besitz der Sache hat, nicht entschieden zu werden, da sich seine Ansprüche aus der Verletzung des Anwartschaftsrechts ergeben. Aus der doppelten Rechtsstellung des Anwartschaftsinhabers folgt, daß er stets den Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm dadurch entstanden ist, daß ihm der Gebrauch und die Nutzungen der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache entgangen sind. Hierher gehört also gemäß § 252 BGB jeder Gewinnausfall, der ihm durch die Beschädigung oder den Verlust der gekauften Sache entsteht, sowie die Kosten für die Beschaffung einer Ersatzsache. Bei der Beschädigung der betreffenden Sache kann der Anwartschaftsinhaber gemäß § 249 BGB entweder die Reparatur oder den dafür erforderlichen Geldbetrag verlangen.

Neben dem Verlust der Gebrauchsvorteile und Nutzungen kommt für den Vorbehaltskäufer der Verlust des Rechts auf den Eigentumserwerb in Betracht, sofern die Sache zerstört oder verlorengegangen ist, oder sie beschädigt und die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist. In allen diesen Fällen ist dem Vorbehaltskäufer Schadensersatz in Geld zu leisten. Sein Schaden entspricht dem

³⁹⁾ Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 58

⁴⁰⁾ Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 62

⁴¹⁾ RG 170, 1 (6)

Wert des verletzten Anwartschaftsrechts. Dieser Wert des Anwartschaftsrechts auf das Eigentum einer noch unter dem Eigentumsvorbehalt stehenden Sache liegt um den Betrag unter dem vollen Sachwert, der jeweils noch auf den Kaufpreis geschuldet wird⁴²⁾. In der Regel wird der Wert des Anwartschaftsrechts also dem bereits auf den Kaufpreis entrichteten Betrag entsprechen.

Bei der Verletzung des Anwartschaftsrechts ist neben dem Vorbehaltskäufer stets auch der Vorbehaltsverkäufer als Eigentümer geschädigt. Sein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Eigentums aus § 823 Abs. 1 BGB steht neben dem des Vorbehaltskäufers und Anwartschaftsinhabers. Das Verhältnis beider Ansprüche ist problematisch. In der Literatur werden verschiedene Wege zur Lösung des Problems vorgeschlagen. Planck-Flad⁴³⁾ wollen den Schadensersatzanspruch zwischen Vorbehaltsverkäufer und Eigentümer auf der einen Seite und Anwartschaftsberechtigtem und Vorbehaltskäufer auf der anderen Seite entsprechend ihrem Interesse an der Sache verteilen. Rühl⁴⁴⁾ will im Wege der dinglichen Surrogation das Verhältnis von Vorbehaltseigentum und Anwartschaftsrecht auf die Schadensersatzforderung übertragen. Der Anwartschaftsberechtigte hat danach nicht einen bedingten Schadensersatzanspruch, sondern ein Anwartschaftsrecht auf den unbedingten Schadensersatzanspruch des Vorbehaltseigentümers. Deshalb könne der Veräußerer nur gemeinschaftlich mit ihm die Forderung geltend machen und der Schuldner nur für beide hinterlegen. Henke⁴⁵⁾ weist mit Recht darauf hin, daß eine gerechte Regelung bei der Wiedergutmachung nicht zwischen dem einen oder anderen der Beteiligten wählen dürfe, sondern die Interessen beider wahren müsse. Dies könne sie durch unabhängige Ansprüche des Veräußerers oder des Erwerbers oder durch ihre gemeinsame Berechtigung an dem Ersatzanspruch erreichen. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß sich eine wirksame Wiedergutmachung nur durch die gemeinschaftliche Gläubigerschaft erreichen lasse, dergestalt, daß sich die Rechte des Veräußerers und Erwerbers an dem Ersatzanspruch fortsetzen. Die Vorteile gemeinschaftlicher Gläubigerschaft liegen seiner Ansicht nach darin, daß sich die Ungewißheit des Verhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerber nicht auf dasjenige zum Schädiger übertrage. Der Ersatz sei also sofort zu leisten, der Schuldner habe sich nicht darum zu kümmern, welche Rechte an dem untergegangenen Gegenstand bestanden haben, er hafte nicht doppelt, keiner der Beteiligten büße sein dingliches Recht ersatzlos ein, und beide könnten sich über den Ersatz alsbald auseinandersetzen⁴⁶⁾. Henke will also ebenso wie Rühl⁴⁷⁾ das Verhältnis der Ersatzansprüche zwischen Eigentümer und Anwartschaftsinhaber im Wege der dinglichen Surrogation lösen. Den gleichen Standpunkt vertreten Ennecerus-Nipperdey⁴⁸⁾.

Eine klare Lösung des Problems wird sich wohl nur dadurch finden lassen, daß man genau unterscheidet, welcher Schadensersatz im einzelnen geltend gemacht wird. Ein Ersatzanspruch wegen des Verlustes oder der Beeinträchtigung der Gebrauchsvorteile und Nutzungen der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache steht nur dem Anwartschaftsinhaber zu, nicht dagegen dem Eigentümer, dem insoweit kein Schaden entstanden ist. Bei Beschädigung der Sache steht unter der Voraussetzung, daß die Wiederherstellung des früheren Zustandes möglich ist (§§ 249,

⁴²⁾ BGH VersR 1957, 297 (298)

⁴³⁾ Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 Anm. 7 zu § 160 BGB

⁴⁴⁾ Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 98 ff. (99)

⁴⁵⁾ Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 67

⁴⁶⁾ Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 70

⁴⁷⁾ Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, 1930 S. 99

⁴⁸⁾ Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 2. Halbbd. 1955 § 197 II N. 7 = S. 852/853

250 BGB), sowohl dem Eigentümer als auch dem Vorbehaltskäufer ein Schadensersatzanspruch zu, der gemäß § 249 BGB auf Natural- oder Geldersatz gerichtet ist. Beide Ansprüche bestehen selbständig und unabhängig voneinander⁴⁹⁾. Sofern Geldersatz gemäß § 251 BGB in Betracht kommt, weil die Wiederherstellung des früheren Zustandes, etwa eine Reparatur, nicht möglich ist oder die Sache zerstört oder verlorengegangen ist, steht beiden ein selbständiger Schadensersatzanspruch zu, der sich nach der Höhe des ihnen entstandenen Schadens richtet. Der Schaden entspricht dabei dem Wert des Rechtes, das die Beteiligten an dem Gegenstand hatten; in der Regel kann der Vorbehaltskäufer also den Betrag ersetzt verlangen, den er bereits auf den Kaufpreis entrichtet hatte, und der Eigentümer den noch ausstehenden Kaufpreisanteil. Leistet der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer Sache zum Schadensersatz verpflichtete Dritte den Ersatz an den Anwartschaftsberechtigten, in dessen Besitz sich die Sache beim Eintritt des schädigenden Ereignisses befunden hat, so wird er durch diese Leistung gemäß § 851 BGB auch gegenüber dem Eigentümer befreit.

Der Vorbehaltskäufer und Anwartschaftsinhaber kann auch den Schaden des Eigentümers und Verkäufers als sogenannten Drittschaden geltend machen. Dies folgt aus dem vom Reichsgericht⁵⁰⁾ entwickelten Rechtsgedanken, daß derjenige, der einem anderen gegenüber zur Obhut über eine Sache vertraglich verpflichtet ist, den diesem durch die Beschädigung der Sache verursachten Schaden selbst geltend machen kann, weil seine Belange und die des Sacheigentümers, dem er haftbar ist, miteinander verknüpft sind. Unproblematisch ist die Sache zudem, wenn der Verkäufer und Eigentümer, wie in dem vom RG entschiedenen Fall, mit der Geltendmachung des Ersatzanspruches durch den Käufer im eigenen Namen einverstanden ist⁵¹⁾.

Anhang

4. Der Eigentumsvorbehalt

Kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist entgegen der Auffassung des LG Hamburg⁵²⁾ der Eigentumsvorbehalt. Denn dabei handelt es sich um die Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers, der aber nach wie vor Eigentümer ist und deshalb nicht als Inhaber eines sonstigen Rechts geschützt sein kann.

5. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt

Unter dem verlängerten Eigentumsvorbehalt versteht man die Abtretung des durch den Verkauf der bedingt übereigneten Waren erzielten Erlöses⁵³⁾. Er ist also lediglich die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme und gehört somit nicht zu den Rechten an Sachen.

⁴⁹⁾ Henke, Bedingte Übertragungen im Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959 S. 67

⁵⁰⁾ RG 93, 39 (40/41); 170, 1 (6) = DR 1942, 1363

⁵¹⁾ RG 170, 1 (6)

⁵²⁾ LG Hamburg MDR 1955, 97 (98)

⁵³⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 A zu § 929 BGB; LG Hamburg MDR 1955, 97 (98)

Dritter Unterabschnitt

ANTEILSRECHTE

Anteilsrechte verkörpern einen Anteil am Vermögen handelsrechtlicher Kapitalgesellschaften. Sie sind somit Rechte am Gesellschaftsvermögen, nicht bloße Forderungen gegen die Gesellschaft¹⁾. Insbesondere stellen sie einen Vermögenswert dar und sind in der Regel Gegenstand des Handelsverkehrs, also veräußerliche Rechte²⁾. Es handelt sich somit bei den Anteilsrechten um eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen sowie die hierdurch begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und den hierauf beruhenden Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten³⁾. Bei dieser Charakterisierung bestehen keine Bedenken, die durch die Anteilsrechte begründete Rechtsstellung des Gesellschafters von Kapitalgesellschaften zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen.

§ 24. Die Aktie

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

RG 158, 248 (255) = JW 1938, 3247 = HRR 1938 Nr. 1620 = ZAktG 46, 39; Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3. Aufl. 1950 Erl. 2 zu § 8 AktG; Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. Aufl. 1950 Anm. II 1 Rn. 2 zu § 14 GmbHG = S. 153; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6b zu § 823 BGB; Loewenwarther-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7f zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6a zu § 823 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 21 zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 202, 1b bb) = S. 845

1. Die Rechtsnatur der Aktie

Das Wort Aktie hat eine dreifache Bedeutung⁴⁾:

- a) Es bezeichnet zunächst einen Bruchteil des Grundkapitals. Die Aktie lautet aber nicht auf einen Bruchteil, sondern auf einen bestimmten Geldbetrag (§ 6 AktG). Wirtschaftlich bedeutet sie einen bestimmten Anteil am jeweiligen Gesellschaftsvermögen⁵⁾.
- b) Außerdem ist die Aktie als Anteilsrecht das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs an der Aktiengesellschaft⁶⁾, also die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die der Aktionär durch Übernahme einer Quote des Grundkapitals erwirbt⁶⁾.

Insofern enthält die Aktie eine Reihe einzelner Rechte und Pflichten. Es sind Rechte vermögensrechtlicher Natur, die im wesentlichen aus dem Recht auf Dividende und dem Anspruch auf einen Teil des Gesellschaftsvermögens bei

¹⁾ RG 57, 414; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 § 33 II A N. 16 = S. 305
²⁾ OLG Jena DJZ 1921, 500

³⁾ RG 82, 167 (169)

⁴⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1954 § 22 II = S. 114

⁵⁾ Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 3. Aufl. 1950 Erl. 2a zu § 8 AktG

⁶⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1954 § 22 II 2 = S. 114; Baumbach-Hueck, Aktien-gesetz, 9. Aufl. 1956 Anm. 3 D zu § 1 AktG

Auflösung der Aktiengesellschaft bestehen, und Rechte personenrechtlichen Inhalts, vor allem das Stimmrecht.

- c) Ferner bezeichnet das Wort Aktie die Aktienurkunde, von deren Ausstellung das Mitgliedschaftsrecht jedoch nicht abhängig ist.

Die Aktie als Anteilsrecht begründet also für den Aktionär die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft. Als solches ist die Aktie eine Rechtsgesamtheit. Sie ist nach Eintragung der Aktiengesellschaft entgegen der Regel des § 38 BGB veräußerlich und vererblich, aber nicht teilbar. Beschränkungen der Übertragbarkeit sind nur bei Namensaktien zulässig (§§ 8 Abs. 4, 61 Abs. 3 AktG). Wegen seiner absoluten Wirkung gegenüber jedermann bestehen keine Bedenken, das Anteilsrecht des Aktionärs zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen.

2. Die Verletzung der Aktie

Verletzt wird die Aktie durch jeden Eingriff in das Anteilsrecht selbst. Ein solcher Eingriff liegt aber nur dann vor, wenn der Aktionär um das Aktienrecht selbst ganz oder teilweise gebracht wird⁷⁾. Sie kann also nicht dadurch widerrechtlich verletzt werden, daß ihr Wert durch Handlungen, die den Wert und die Ertragsfähigkeit der Aktiengesellschaft schmälern, gemindert wird⁷⁾, da darin kein unmittelbarer Eingriff in die Aktie selbst liegt. Die Aktie kann also nur durch eine widerrechtliche Verfügung über sie, insbesondere ihre unberechtigte Veräußerung, verletzt werden.

Verletzbar ist die Aktie durch die Organe der Aktiengesellschaft, ihren Aufsichtsrat und Vorstand, und jeden außenstehenden Dritten.

Schadensersatzansprüche des Aktionärs gegen die Organe der Aktiengesellschaft und mitbeteiligte Dritte können sich, sofern kein unmittelbarer Eingriff in die Aktie selbst vorliegt, nur auf die §§ 826, 823 Abs. 2 BGB stützen⁸⁾. Daneben besteht für die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder eine besondere haftungsrechtliche Bestimmung in den §§ 84, 99 AktG. Danach haben sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei ihrer Geschäftsführung anzuwenden. Verletzen sie ihre Obliegenheiten, ohne nachzuweisen, daß sie kein Verschulden trifft (Entlastungsbeweis), so sind sie schadensersatzpflichtig (§ 84 Abs. 2 AktG), bei groben Pflichtverletzungen sogar strafbar (§§ 294 ff AktG). Dagegen ergibt sich aus diesen Bestimmungen kein subjektives Recht des Aktionärs gegenüber Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, das ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB wäre. Insbesondere steht dem Aktionär gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats kein subjektives Recht des Inhalts zu, eine mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgenommene Prüfung der Bilanzen zu verlangen, dessen Verletzung nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig machen würde⁹⁾.

⁷⁾ RG 158, 248 (255)

⁸⁾ RG 158, 248 (255); Hueck, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1954 § 24 VIII 4 = S. 135

⁹⁾ LG Hamburg ZVersWes 1906, 300 (I. Beil.)

§ 25. Der Geschäftsanteil einer GmbH und andere Anteilsrechte

Für Anerkennung als sonstiges Recht:

OLG Jena DJZ 1921, 500; RG 100, 274 (278) = Recht 1921 Nr. 80; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 2e zu § 823 BGB; Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1f zu § 823 BGB; Loening-Basch-Straßmann, BGB 1931 Anm. 7 zu § 823 BGB; Fischer-Henle-Titze, Bürgerl. Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 § 33 II A N. 16 = S. 305; Warneier-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 Anm. A IV zu § 823 BGB; Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. Aufl. 1950 Anm. II 1 Rn. 3 zu § 14 GmbHG = S. 153; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6b zu § 823 BGB; Loewenwarther-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120; Vogel, GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1956 Anm. 2 zu § 14 GmbHG = S. 98; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1b = S. 940; Achilles-Greif, 21. Aufl. 1958 Anm. 1c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7f zu § 823 BGB; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6a zu § 823 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 21 zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 202, 1b bb) = S. 845

1. Die Rechtsnatur des Geschäftsanteils einer GmbH

Der Geschäftsanteil ist das Mitgliedschaftsrecht des einzelnen Gesellschafters. Während das Wort Aktie sowohl den Bruchteil des Grundkapitals wie die Mitgliedschaft bezeichnet, finden sich bei der GmbH für die beiden Begriffe zwei verschiedene Ausdrücke: Stammeinlage und Geschäftsanteil. Doch wird der Geschäftsanteil durch die Höhe der übernommenen Stammeinlage bestimmt und mit ihrem Betrag bezeichnet¹⁰⁾. Der Geschäftsanteil entspricht also der Aktie im Sinne des Anteilsrechts (§ 14 GmbHG).

Grundlegend für den Begriff des Geschäftsanteils ist die Definition des Reichsgerichts¹¹⁾ geworden. Danach bezeichnet der Geschäftsanteil die durch Übernahme der Stammeinlage begründete Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, die hierdurch begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und den hierauf beruhenden Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten. Dieser Begriffsbestimmung hat sich die Mehrheit des Schrifttums angeschlossen¹²⁾. Die Kennzeichnung des Geschäftsanteils nur als Mitgliedschaftsbeteiligung¹³⁾ ist demgegenüber im Ergebnis wohl ebenfalls zutreffend, aber sicher nicht erschöpfend. Denn entscheidend für den Geschäftsanteil ist die Beteiligung des Gesellschafters an der GmbH und ihrem Unternehmen, nicht nur am Gesellschaftsvermögen, sondern auch an der Willensbildung und Verwaltung der Gesellschaft¹⁴⁾. Der Geschäftsanteil umfaßt daher Verwaltungs- und Vermögensrechte. Zu den Verwaltungsrechten gehören insbesondere das Recht auf Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, auf Stimmrecht, auf Auskunft,

¹⁰⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1954 § 37 II 3 = S. 197

¹¹⁾ RG 82, 167 (169)

¹²⁾ Brodmann, Gesetz betreffend die GmbH, 1924 Anm. 1 zu § 14 GmbHG; Hachenburg-Schilling, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl. 1953/54 Anm. 4 u. 10 zu § 14 GmbHG; Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. u. 3. Aufl. 1950 Anm. 2 zu § 14 GmbHG; Vogel, GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1956 Anm. 2 zu § 14 = S. 98

¹³⁾ Crüger-Crecelius, Das Reichsgesetz betr. die GmbH, 6. Aufl. 1922 Bem. 1 zu § 14; Baumbach-Hueck, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1957 Anm. 1 A zu § 14; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1928 S. 328; v. Gierke, Handelsrecht u. Schiffsrecht, 7. Aufl. 1955 § 50 VII S. 415

¹⁴⁾ Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. Aufl. 1950 Anm. II Rn. 3 u. 4, III Rn. 1a zu § 14 GmbHG = S. 153/155

auf Einsicht in die Geschäftsbücher, auf das Geschäftsführeramt, auf Mitgliedschaft im Aufsichtsrat (§§ 45 ff GmbHG) und alle sonstigen Rechte, die nach der Satzung einem Gesellschafter als solchem zustehen und daher mit dem Geschäftsanteil verbunden sind. Vermögensrechte sind insbesondere das Recht auf Beteiligung am Reingewinn (§ 29 GmbHG) und das Recht auf Liquidationsguthaben als Beteiligung am Liquidationsüberschuß (§ 72 GmbHG). Auch der Geschäftsanteil einer GmbH ist wie die Aktie vererblich und veräußerlich (§ 15 GmbHG). Der Grundsatz der Übertragbarkeit ist aber, weil die Mitglieder der GmbH mit der Gesellschaft persönlich enger verbunden sind, wesentlich eingeschränkt. Die Geschäftsanteile sind im Vergleich zu Inhaberaktien erheblich schwerer übertragbar. Zur Abtretung bedarf es eines in gerichtlicher oder notarischer Form geschlossenen Vertrages; die Abtretung der Geschäftsanteile kann durch den Gesellschaftsvertrag vinkuliert werden, das heißt von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (§ 15 Abs. 3 bis 5 GmbHG). Insbesondere kann der Geschäftsanteil verpfändet werden¹⁵⁾. Somit stellt der Geschäftsanteil einen selbständigen Vermögenswert dar¹⁶⁾. Es handelt sich bei ihm nicht nur um eine Forderung gegenüber der GmbH, sondern um ein gegen jedermann wirkendes absolutes Recht¹⁷⁾. Aus diesem Grunde ist der Geschäftsanteil an einer GmbH auch ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB.

Verletzbar ist er durch jedermann. Dabei stellt jede Verfügung, die einen Gesellschafter um seinen Geschäftsanteil bringt, eine Verletzung seines Rechts dar. Wenn also ein Gläubiger, dem ein Pfandrecht an einem GmbH-Anteil bestellt ist, diesen freihändig verkauft, ohne dazu berechtigt zu sein (§ 1243 Abs. 1 BGB), so macht er sich dem Inhaber des Geschäftsanteils nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig¹⁸⁾. Weiter gehört hierher eine Verfügung über den GmbH-Anteil, nachdem der Gläubiger bereits befriedigt worden und das Pfandrecht damit nach § 1252 BGB erloschen ist. Jeder Verkauf von GmbH-Anteilen durch den Pfandgläubiger nach diesem Zeitpunkt stellt eine Verletzung des GmbH-Anteils im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar, da der Pfandgläubiger den Verkauf nur zu seiner Befriedigung vornehmen darf (§ 1228 Abs. 1 BGB)¹⁹⁾. Fahrlässig handelt der Pfandgläubiger in einem solchen Fall, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß er kein Pfandrecht mehr hatte. Neben dem Pfandgläubiger haften dem Inhaber des GmbH-Anteils alle bei dem Pfandverkauf Beteiligten auf Schadensersatz, sofern auch bei ihnen die übrigen Erfordernisse des § 823 Abs. 1 BGB vorliegen.

Keine Verletzung des GmbH-Anteils liegt darin, daß durch nachlässige Geschäftsführung der Wert oder Ertrag der GmbH gemindert wird, da das Anteilsrecht selbst nur durch einen unmittelbaren Eingriff verletzt werden kann. Es liegt also nur dann eine Verletzung des GmbH-Anteils im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vor, wenn der Berechtigte sein Recht ganz oder teilweise verliert¹⁹⁾.

2. Der Kux

Der Kux ist das Anteilsrecht an einer bergrechtlichen Gewerkschaft, in dem die Rechte und Pflichten der einzelnen Mitglieder (Gewerken) zusammengefaßt sind. Die Gewerkschaft ist eine Vereinigung von Miteigentümern eines Bergwerks. Sie

¹⁵⁾ Vogel, Die Verpfändung von GmbH-Anteilen, Betrieb 1954, 108

¹⁶⁾ OLG Jena DJZ 1921, 500

¹⁷⁾ RG 57, 414 (415); Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. Aufl. 1950 Anm. II 1 Rn. 3 zu § 14 GmbHG = S. 153

¹⁸⁾ RG 100, 274 (276/277)

¹⁹⁾ RG 158, 249 (255); Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz in seiner neuesten Fassung, 2. Aufl. 1950 Anm. II 1 Rn. 3 zu § 14 GmbHG = S. 153/154; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 f zu § 823 BGB

entsteht ohne weiteres, wenn mehrere Personen Miteigentümer eines Bergwerks werden und ihre Rechtsverhältnisse nicht in gerichtlicher oder notarischer Form anders regeln (§ 91 Abs. 1 ABG = Art. 139 Abs. 1 BergG). Die Zahl der Gewerkschaftsanteile (Kuxe) beträgt 100, kann aber durch die Satzung auf 1 000 bestimmt werden (§ 101 ABG = Art. 145 BergG). Die Kuxe sind in schriftlicher Form übertragbar (§ 104 ABG = Art. 148 BergG).

Als übertragbares Anteilsrecht an einer Kapitalgesellschaft ist der Kux ebenso wie die Aktie und der GmbH-Anteil ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Verletzt wird er durch jeden Eingriff in das Anteilsrecht selbst. Es genügt also ebenso wie bei den anderen Anteilsrechten nicht, daß lediglich der Ertrag oder der Wert der bergrechtlichen Gewerkschaft gemindert wird, weil darin kein unmittelbarer Eingriff in den Kux liegt.

Vierter Unterabschnitt

DER BESITZ

Für Anerkennung des Besitzes als sonstiges Recht:

Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888 Bd. III S. 110; Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuchs, 1898 S. 21; Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ im § 823 Abs. 1 des Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1900 § 16 = S. 45; Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, 2. Bd. 1902 § 325 II 3 = S. 1020; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 9. Aufl. 1903 § 200, 3 a = S. 1261/62; OLG Kolmar Recht 1903 Nr. 2926 = Soergel 1903, 138 Nr. 20; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1903 § 231 II = S. 890; OLG Hamburg 7, 404 (405); OLG Posen Recht 1905 Nr. 572 = PosMSchr. 1904, 161; OLG Breslau Recht 1905 Nr. 2669; RG Gruch 50, 965 (968); OLG Braunschweig 20, 395; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 § 10 = S. 30; Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, 5. Aufl. 1909 Anm. B V 1 a zu § 823 BGB; RG 73, 107 (111); v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 = S. 208; RG Recht 1911 Nr. 2879; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und Zivilprozeß, 1912 S. 101; Beckhaus, Das Haftpflichtrecht nach dem heutigen Stande der Rechtsprechung, 1912 S. 9; Reichhelm, Untergang des Zurückbehaltungsrechts durch Zufall und unerlaubte Handlung? DJZ 1913 (XVIII), 861; Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913 S. 43; Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 6. u. 7. Aufl. 1914 § 142 I A = S. 415; OLG Braunschweig 34, 100; Dernburg-Raape, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II 2, 4. Aufl. 1915 § 383 IV 1 = S. 752; RG WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299; RG Recht 1915 Nr. 2487; OLG Stuttgart Recht 1917 Nr. 1277; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III Schuldrecht 1917 § 211 II 2 b = S. 892; RG 91, 60 (65/66); RG Recht 1917 Nr. 825; Struwe, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1919 S. 23; RG 102, 344 (347); RG 105, 213 (218); RG WarnRspr. 1922, 46 Nr. 41 = Recht 1922 Nr. 598 = LZ 1922, 230 = SeuffA 77, 128 Nr. 73; Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 926 (929); RG WarnRspr. 1925, 33 Nr. 24; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 e zu § 823 BGB; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1929 Anm. II A 1 e zu § 823 BGB; Krückmann, Institutionen des Bürgerl. Gesetzbuchs, 5. Aufl. 1929 § 42 V B = S. 357; Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1929 § 148, 5 a = S. 451; Fülster, Bürgerl. Recht, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse 2. Bd. Bes. Teil 1930 § 114 II 1 c = S. 173; RG JW 1931, 2904 (2906) = SeuffA 86, 12 Nr. 9; Loening-Basch-Straßmann, BGB 1931 Anm. 7 zu § 823 BGB; Fischer-Henle-Titze, Bürgerl. Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932 Anm. 8 zu § 823 BGB; Lehning, Die Rechte und Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte, 1934 S. 24; Kreß, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934 § 33 II A a = S. 305; RG 170, 1 (6/7); Stoll-Felgentraeger, Vertrag und Unrecht, 3. Aufl. 1. Halbbd. 1943 § 52 A II 2 = S. 211; Lehle, Schuldrecht, Einzelne Schuldverhältnisse, 1948 § 35 I 2 = S. 74; Warneyer-Bohnenberg, 11. Aufl. 1950 Anm. A IV zu § 823 BGB; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1950 § 8 V = S. 50; Loewenwarther-Bohnenberg, Wegweiser durch das BGB, 18. Aufl. 1952 S. 120; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anmerkung A 6 b aa) zu § 823 BGB; Wiefels, Bürgerl. Recht, Sachenrecht 113. bis 117. Aufl. 1953 S. 9; OLG Freiburg JZ 1953, 473; Rosenthal, Bürgerl. Recht, Sachenrecht 14. Aufl. 1953 Nr. 11 a zu § 858, Anh. B I zu § 823 BGB = S. II 335; BGH JZ 1954, 613 = BB 1954, 426; de Boor, Bürgerl. Recht, I. Bd. 2. Aufl. 1954 S. 242; Lent, Sachenrecht, 5. Aufl. 1955 § 2 IV = S. 8; Wiefels, Bürgerl. Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil Einzelne Schuldverhältnisse 131. bis 135. Aufl. 1956 S. 145; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. I 4 Rn. 5 zu §§ 861/862 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 16 I 3 = S. 51; BGH VersR 1958, 285 (286); Weimar, Schuldrecht, Besonderer Teil o. J. S. 58; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 c = S. 943; Achilles-Greifff, 21. Aufl. 1958 Anm. 1 c zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 e zu § 823 BGB; Erman-Westermann, Vorbem. 2 vor § 854 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. V Rn. 13 zu § 861 BGB; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959 I, Halbbd. § 80 I 3 = S. 468; v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 12, 4 = S. 31; Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 6 b zu § 823 BGB; Palandt-Hoche, Vorbem. 1 vor § 854 BGB; Westermann, Sachen-

recht, 4. Aufl. 1960 § 8, 4 = S. 57; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 20 u. 24 zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 202 I b bb) = S. 845

Gegen Anerkennung des Besitzes als sonstiges Recht:

Detmold, Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 des Bürgerl. Gesetzbuchs, Festgabe für Regelsberger, 1901 S. 317 (326); Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904 S. 220 N. 2; Sohm, Der Gegenstand, 1905 S. 28; OLG Kiel SchlesHA 1906, 197; Bauer, Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II BGB, 1907 § 16 S. 75 ff; Eccius, Kurze Erörterungen, 2. Schuldhafte Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8; Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919 Erl. 5 vor § 854, Erl. II 3 vor § 858 BGB; Ennepner, Die Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB, 1929 S. 46 ff; Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931 § 306 = S. 569; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht 1931 § 76 Ia = S. 451, § 76 I 2 a = S. 453;

Unentschieden und zweifelnd:

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1898 S. 21 N. 4; Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB, JherJ 39, 1 (64/65); Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs, II. Bd. 1903 § 103 II N. 1 = S. 601; LG München I SeuffBl 70, 128 (129); Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914 Anm. 8 c zu § 862 BGB; Linckelmann, Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten für das Schadensersatzrecht, ArchBürgR 13, 79 (85); Planck, 4. Aufl. 1928 Anm. II 1 f zu § 823 BGB; Kieckebusch, Unerlaubte Handlungen, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo u. Elster VI. Bd. 1929 S. 141 (148); Molitor, Schuldrecht, II. Bes. Teil 3. Aufl. 1956 § 34 I 1 = S. 185

Für Anerkennung des Rechts zum Besitz als sonstiges Recht:

RG 59, 326 (328) = JW 1905, 113; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 2. Bd. 1905 S. 948; Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II 1 1906 § 191 II = S. 525; Löning, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930 S. 153 ff.; Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 a = S. 451, § 76 I 2 a = S. 453; Larenz, Vertrag und Unrecht, 2. Teil Die Haftung für Schaden und Bereicherung, 1937 § 33 I b = S. 36; Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951 S. 15 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a = S. 352

§ 26. Die Rechtsnatur des Besitzes

1. Der Besitz als subjektives Recht

Die Frage nach der Rechtsnatur des Besitzes ist sehr alt. Seit den Zeiten Savignys wird aufs heftigste darüber gestritten, ob der Besitz nur eine Tatsache oder auch ein subjektives Recht sei¹⁾. Savigny selbst hat es entschieden abgelehnt, den Besitz als subjektives Recht zu bezeichnen. Das BGB hat diese Streitfrage nicht eindeutig entschieden. Es werden bestimmte Vorschriften für die eine wie für die andere Auffassung angeführt²⁾. Nach § 857 BGB geht der Besitz auf den Erben über. Dies wird von den Vertretern der einen Auffassung dahin verstanden, daß der Besitz somit ein Recht sei, weil nach § 1922 BGB das Vermögen einschließlich aller Vermögensrechte vererblich sei und dies für den Besitz in § 857 BGB noch einmal ausdrücklich hervorgehoben werden sollte. Demgegenüber wird auf der anderen Seite darauf hingewiesen, daß die Vorschrift des § 857 BGB überflüssig wäre, wenn der Besitz ein Recht wäre, da er dann nach § 1922 Abs. 1 BGB sowieso vererblich wäre. Weiterhin wird auf § 268 Abs. 1 BGB verwiesen, in dem anschei-

¹⁾ Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Aufl. 1837 — Mit Rücksicht auf die Literaturübersicht wurde hier auf einzelne Nachweise verzichtet.

²⁾ Dazu: Ide, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1900 S. 44; Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 30; Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913 S. 40; Bauer, Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II BGB, 1907 S. 75

nend Besitz und Recht gegenübergestellt sind. Nach dieser Vorschrift ist jeder, der bei einer Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein Recht an dem Gegenstand zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht nach § 268 Abs. 1 S. 2 BGB dem Besitzer zu. Diese Gegenüberstellung von Recht und Besitz spricht nach der einen Auffassung gegen die Rechtsnatur des Besitzes, während die Vertreter der anderen Auffassung darauf hinweisen, daß der Besitz in § 268 Abs. 1 BGB in einen Gegensatz zu „Recht an einem bestimmten Gegenstande“, einem dinglichen Recht, nicht aber zu dem Begriff des Rechts überhaupt gebracht worden sei, was der Auffassung des Besitzes als Recht nicht entgegenstehe. Endlich wird die Vorschrift des § 865 BGB herangezogen, wonach der Besitz an nur einem Teil einer Sache, insbesondere abgesonderten Wohn- oder anderen Räumen, möglich ist. Aus dieser Bestimmung geht zwar die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an wesentlichen Bestandteilen hervor, sie ergibt aber nicht, ob dies eine Ausnahme von § 93 BGB ist oder nicht. Nach der letzteren Vorschrift können wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein³⁾. Im übrigen scheinen gegen die Anerkennung des Besitzes die §§ 1414 und 2025 S. 2 BGB zu sprechen. In § 1414 BGB sind Besitz und Recht ausdrücklich einander gegenübergestellt, wenn es heißt, daß das eingebrachte Gut nicht für eine Verbindlichkeit der Frau haftet, die nach der Eingehung der Ehe infolge eines zu dem Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache entsteht. § 2025 S. 2 BGB spricht davon, daß der Erbe den Besitz der Erbschaftsgegenstände tatsächlich ergreifen kann, wonach der Besitz also lediglich als Tatsache aufzufassen wäre. Auf der anderen Seite scheinen die §§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 BGB für die Rechtsnatur des Besitzes zu sprechen, der in diesen Vorschriften geradezu als Recht bezeichnet wird, indem die Besitznachfolge Rechtsnachfolge genannt wird⁴⁾.

Aus alledem geht hervor, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine klare Entscheidung darüber getroffen hat, ob es sich bei dem Besitz um ein Recht oder um eine bloße Tatsache handelt. Dies stimmt auch mit der Entstehungsgeschichte des § 823 BGB überein⁵⁾. Dem in den 2. Entwurf aufgenommenen § 746 Abs. 1 sollte noch als Absatz 2 die Bestimmung hinzugefügt werden, daß zu den Rechten im Sinne dieser Vorschrift auch der Besitz gehöre. Zur Begründung des jetzigen § 858 BGB bemerken die Motive⁶⁾, daß derjenige, der schuldhaft verbotene Eigenmacht gegen den Besitzer begehe, diesem aus § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig sei. Denn das Verbot der Eigenmacht begründe für den Besitzer eine absolut geschützte Rechtsstellung, es liege also bei einer Zuwiderhandlung die Verletzung eines Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vor. Der Antrag, den Besitz in der Schadensersatzvorschrift ausdrücklich zu erwähnen, wurde jedoch als doktrinär abgelehnt mit der Begründung, der Besitz werde durch das Verbotsgesetz des § 814 des Entwurfs (jetzt § 858 BGB), das die Anwendung des Abs. 1 des § 746 (jetzt § 823 Abs. 2 BGB) ermögliche, genügend geschützt⁶⁾. Die Bezeichnung des Besitzes als Recht, wenn auch nur im Sinne des jetzigen § 823 Abs. 1 BGB, sei geeignet, zu Mißverständnissen zu führen, als wenn die wissenschaftliche Frage nach dem Wesen des Besitzes habe entschieden werden sollen. Man müsse es jedenfalls vermeiden, in dieser Hinsicht unnötige Zweifel in das Gesetz hineinzutragen. Aus dem BGB läßt sich daher die Frage nach dem Wesen des Besitzes nicht beantworten. Das Gesetz hat sie bewußt offen gelassen.

³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 3 III N. 4 = S. 19

⁴⁾ Siehe oben S. 12 ff.

⁵⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Bd. III 1888 S. 110

⁶⁾ Protokolle der II. Kommission, 2. Bd. 1898 S. 573/574

Die heute herrschende Lehre⁷⁾ sieht in dem Besitz ein doppeltes: eine Tatsache und ein Recht. Es soll also insoweit eine Homonymie⁸⁾ vorliegen. Der scheinbare Widerspruch und Gegensatz bei Gegenüberstellungen von Besitz und Recht im BGB beruhe darauf, daß nach dem Sprachgebrauch unter Besitz zweierlei zu verstehen sei. Die ursprüngliche und ohne Beziehung auf rechtliche Grundsätze sich ergebende Bedeutung des Wortes Besitz sei die eines bloß körperlichen Verhältnisses der Person zur Sache, das in der tatsächlichen Gewalt der Person über die Sache bestehe. So verstanden sei der Besitz zweifellos nur eine Tatsache, und in dieser Bedeutung werde das Wort auch verschiedentlich vom Gesetz gebraucht, so z. B. im § 2025 S. 2 BGB. Aber da, wo die Rechtsordnung dieses tatsächliche Verhältnis durch Anordnung gewisser aus ihm hervorgehender Rechtswirkungen zu einem Rechtsverhältnis gestaltet, sei der Besitz auch mehr als eine Tatsache. In allen diesen Fällen erkenne das Gesetz ein Interesse des Besitzers an, daß sein tatsächliches Gewaltverhältnis nicht gestört werde, es schütze den Besitzer gegen Störung und Entziehung durch Klage (§§ 862, 861 BGB) und verknüpfe also mit der Tatsache des Besitzes das Recht, die Gewalt über die Sache zu behaupten. Der rechtlich geschützte Besitz sei also zugleich ein Recht, und zwar ein absolutes Recht, da er gegen jedermann geschützt werde. Noch differenzierter soll man nach Wolff-Raiser⁹⁾ einen dreifachen Sinn des Wortes Besitz im BGB unterscheiden. Besitz bedeute:

- a) die tatsächliche Sachherrschaft selbst (z. B. in §§ 869 S. 2, 2025 S. 2 BGB);
- b) jeden Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Besitzfolgen knüpft, auch wenn sich dieser Tatbestand nicht als Sachherrschaft darstelle. In diesem Sinne werde das Wort Besitz in den §§ 858, 985 BGB gebraucht;
- c) den Inbegriff der an die Sachherrschaft oder den ihr gleichgestellten sonstigen Tatbestand mit Besitzfolgen geknüpften Rechte. So werde das Wort Besitz in den §§ 854, 856, 857 BGB verwendet.

Besitz im ersten und zweiten Sinne sei somit ein Tatbestand oder ein Teil eines Tatbestandes, an den sich Rechtsfolgen knüpfen. Der Besitz im dritten Sinne sei ein subjektives Recht, wobei er nicht als Summe der rechtlichen Wirkungen des Besitztatbestandes, sondern als deren Quelle erscheine. Nur diese Vorstellung veranschauliche befriedigend die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Besitzes. Von ihr aus erschienen die Ansprüche des früheren Besitzers als Ausflüsse eines den Besitztatbestand überdauernden gegenwärtigen Besitzrechtes. Der Besitz sei somit ein vorläufiges, weil schwächeres Recht an einer Sache, das sich im Konflikt mit dem Eigentum und mit anderen Sachenrechten nicht behaupten könne. Auch nach Westermann¹⁰⁾ läßt sich die bekannte Streitfrage, ob der Besitz ein subjektives Recht sei, nicht eindeutig beantworten, da das Gesetz mit der Bezeichnung Besitz einmal die tatsächliche Sachherrschaft als bestimmten gesetzlichen Tatbestand meine (§ 858 BGB), zum anderen mit Besitz die aus diesem Tatbestand folgenden Rechte zusammenfasse (§§ 854, 856, 857 BGB). Wo das Gesetz Sachbeziehungen bewerte, sei der Besitz als Recht oder doch als eine dem Recht gleichzubehandelnde Position

⁷⁾ Erbe, Der Begriff des sonstigen Rechts im § 823 Abs. 1 BGB, 1908 S. 30; Pusch, Die Bedeutung der Worte: „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 BGB, 1909; Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913, S. 40 (41); Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 3 II = S. 18/19; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 c = S. 943; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil d. Bürgerl. Rechts, 15. Aufl. 1959, 1. Halbbd. § 80 I 1 = S. 467; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 8, 4 = S. 57

⁸⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 3 II N. 1 = S. 18

⁹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 3 II = S. 18/19

¹⁰⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 8, 4 = S. 57

anzusehen. Damit stehe der Besitz in der Rechtswirklichkeit dem subjektiven Recht weitgehend gleich.

Mit dieser Ansicht Westermanns, der insoweit von der herrschenden Lehre abweicht, als er den Besitz nicht eindeutig als subjektives Recht anerkennt, ist eine weitere Auffassung verwandt, die den Besitz zwar nicht für ein Recht hält; er werde aber von der Rechtsordnung gleich einem ausschließlichen Recht gegen jedermann geschützt und sei deshalb auch im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB den Rechten anzuschließen¹¹⁾. Der Besitz werde praktisch wie ein Recht behandelt. Dies zeige namentlich die Anerkennung seiner Übertragbarkeit und Vererblichkeit. Dieser Standpunkt ist jedoch innerlich widerspruchsvoll. Entweder erkennt man den Besitz als Recht an und rechnet ihn dann zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, oder man leugnet seine Rechtsqualität und muß ihm dann auch konsequenterweise den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB versagen¹²⁾. Diese Vorschrift gewährt nämlich nur bei der Verletzung eines subjektiven Rechts einen Schadensersatzanspruch und nicht bei der Beeinträchtigung jeder Rechtsposition oder einer sonstwie rechtlich geschützten Stellung. Nur wer dem Besitz den Charakter eines Rechts zuspricht, kann ihn zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen. Die Bezeichnung Rechtsposition ist ein so unklarer Begriff, daß keine rechtlichen Folgerungen daraus gezogen werden können¹³⁾. Hinzukommt, daß bei einer Anerkennung bloß irgendwie rechtlich geschützter Positionen als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB der gleiche Rechtsschutz auch allen anderen irgendwie rechtlich geschützten Verhältnissen und Interessen gewährt werden müßte, wie dem Vermögen oder dem religiösen Gefühl, was aber selbst von den Vertretern dieser Ansicht nicht angenommen wird.

Die heute überwiegend herrschende Lehre und Rechtsprechung erkennt also den Besitz als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB an. Zur Begründung wird entweder angeführt, der Besitz selbst sei ein subjektives Recht und damit naturgemäß auch ein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschrift, weil er absolute Wirkung gegen jedermann habe, oder man bezeichnet den Besitz zwar nicht als subjektives Recht, aber doch als eine rechtlich geschützte Position, die von der Rechtsordnung gleich einem subjektiven Recht behandelt werde und daher auch den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB verdiene.

Neben der herrschenden Lehre gibt es eine weitere Auffassung, die es dahingestellt sein läßt, ob der Besitz zu den sonstigen Rechten gehört, da eine Besitzverletzung auf jeden Fall Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB auslöse. Schutzvorschrift sei § 858 BGB, wonach derjenige, der dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, widerrechtlich handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet (verbotene Eigenmacht). Nach dieser Auffassung ist die ganze Frage, ob der Besitz ein Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei, ohne praktische Bedeutung¹⁴⁾. Dabei wird jedoch übersehen, daß die subjektiven Voraussetzungen, an die der Schadensersatzanspruch geknüpft wird, in beiden Absätzen des § 823 BGB nicht die gleichen

¹¹⁾ RG 91, 60 (65); Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Bd. Sachenrecht 1906 S. 43; RGRKomm. 11. Aufl. 1960 Anm. 24 zu § 823 BGB; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960 § 202, 1 b bb) = S. 845; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1929 Anm. 3 e zu § 823 BGB; Hedemann, Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, 2. Aufl. 1950 § 8 VI = S. 51.

¹²⁾ Gebel, Über die Bedeutung der Worte „... oder ein sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB, 1913 S. 43.

¹³⁾ Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931 § 306 = S. 570.

¹⁴⁾ Die diese unentschiedene Auffassung vertretende Literatur und Rechtsprechung ist oben S. 220 zusammengestellt worden.

sind¹⁵⁾. Nach § 823 Abs. 1 BGB muß der Täter schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig, ein subjektives Recht bzw. eines der aufgezählten Rechtsgüter verletzt haben, während § 823 Abs. 2 BGB einen schuldhaften Verstoß gegen ein Schutzgesetz erfordert. Im einen Fall muß der Täter also die Rechtsverletzung fahrlässig herbeiführen, im anderen Fall ist die Voraussehbarkeit Voraussetzung, daß ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz eintreten könnte¹⁶⁾. Wegen dieser Unterscheidung, die hauptsächlich für die fahrlässige Verletzung des Besitzes wichtig ist, scheint es doch von Bedeutung zu sein, die Frage zu klären, ob der Besitz als sonstiges Recht den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt.

Gegen die Gewährung eines Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 1 oder 2 BGB wegen Verletzung des Besitzes überhaupt hat sich Eccius¹⁷⁾ gewandt. Er führt aus, daß sich der Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB auf Wiederherstellung des früheren Zustandes richte. Den gleichen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes oder auf Beseitigung dessen, was den Besitz stört, gewährten die §§ 861, 862 BGB für den Fall der eigenmächtigen Besitzentziehung oder Besitzstörung ohne Rücksicht auf Verschulden. Die §§ 858 ff BGB beschränkten den Anspruch auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes und auf Beseitigung der Störung in mehrfacher Weise. Er bestehe nur innerhalb eines Jahres nach dem eigenmächtigen Eingriff und setze voraus, daß der Entsetzte noch im Besitz der Sache sei, und sei ausgeschlossen, wenn der jetzt Entsetzte selbst innerhalb eines Jahres den Beklagten entsetzt habe. Wegen dieser Einschränkungen könne § 823 BGB keinen weitergehenden Schutz gewähren. Die §§ 861 ff BGB regelten die einzige Klage aus Verletzung des Besitzes, eine Entschädigungsklage, die vom Verschulden absehe und auf dem Verursachungsprinzip beruhe. Außerdem könnten Verletzungen des Besitzes nicht in Geld geschätzt werden, da dieser als solcher keinen schätzbaren Vermögenswert habe. Vielmehr bemesse sich das Interesse, das im Falle eines Eingriffs in den Besitz einer Sache bestehe, nach dem Recht, kraft dessen die Sache zur Zeit der Besitzentziehung innegehabt worden sei, und nach dem Maße, in dem die Besitzstörung in dieses Recht eingreife. Gegen diese Ansicht von Eccius haben sich insbesondere das OLG Braunschweig¹⁸⁾ und Josef¹⁹⁾ gewandt. Zur Begründung wird angeführt, § 861 BGB biete keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß er die Materie erschöpfend behandle. Man dürfe deshalb annehmen, daß er nur den Besitz schützen wolle, ohne sich um die weiteren Folgen der Besitzentziehung zu kümmern. Seien durch die Besitzentziehung zugleich die Merkmale einer unerlaubten Handlung erfüllt, liege insbesondere ein Verschulden vor, so könne der frühere Besitzer nach den Grundsätzen über die Anspruchskonkurrenz auch Schadensersatz beanspruchen²⁰⁾. Josef räumt ein, daß, soweit der Schadensersatzanspruch lediglich auf Wiedereinräumung des Besitzes gehe, das Gesetz durch die Beschränkungen zum Ausdruck bringe, diese Ansprüche sollten nur in dem durch §§ 861 ff BGB geregelten Umfang bestehen und kein Schutz über diese Grenzen hinaus gewährt werden, gleichgültig, ob derselbe Anspruch auf § 823 BGB gestützt werden könnte. Im Gegensatz zu Eccius weist er aber darauf hin, daß aus der Verletzung des Besitzes auch andere Ansprüche als die bloße Wiedereinräumung und Störungsbeseitigung begründet sein könnten.

¹⁵⁾ Ide, Der Begriff des „sonstigen Rechts“ im § 823 Abs. 1 BGB, 1900 § 16 S. 46; § 19 S. 48 ff.
¹⁶⁾ Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 823 BGB

¹⁷⁾ Eccius, Kurze Erörterungen, 2. Schuldhaftige Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8
¹⁸⁾ OLG Braunschweig 20, 395

¹⁹⁾ Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 929

²⁰⁾ OLG Braunschweig 20, 395

Die Frage nach Art und Umfang der Schadensersatzansprüche kann erst nach Klärung des Problems, ob der Besitz überhaupt den Rechtsschutz des § 823 BGB genießt und in welcher Form, endgültig beantwortet werden. Fest steht auf jeden Fall, daß der Wiedereinräumungsanspruch des § 861 BGB kein Schadensersatzanspruch ist²¹⁾. Dies geht daraus hervor, daß der Anspruch wegen Besitzentziehung nach § 861 BGB sich gegen den derzeitigen Besitzer richtet, der dem früheren Besitzer gegenüber fehlerhaft besitzt, also gegen den Täter, wenn er noch Besitzer ist, dessen Gesamtnachfolger oder denjenigen, der den Besitz bösgläubig erworben hat. Der Beklagte muß also zur Zeit der Klageerhebung noch Besitzer sein. Verliert er den Besitz, so kann aus § 861 BGB kein Schadensersatzanspruch gegen ihn erhoben werden, da diese Vorschrift nur einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gewährt. Da § 861 BGB somit keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch ist, kann diese Bestimmung auch keine Spezialvorschrift gegenüber dem Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB sein mit der Folge, daß sie auf Grund ihrer abschließenden Regelung die Anwendung dieser Vorschrift ausschließen würde. Es kann daher neben dem Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 861 BGB durchaus ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Besitzverletzung bestehen, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.

2. Der Besitz als Tatsache

Neben der wohl immer noch herrschenden Auffassung, daß der Besitz ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei, sei es, weil er als subjektives Recht anerkannt wird oder als rechtlich geschützte Position wie ein Recht behandelt wird, gibt es eine weitere Ansicht, die dem Besitz den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB versagen will²²⁾. Allerdings ist dies nicht mit der Begründung möglich, daß die Besitzklage des § 861 BGB wegen ihrer besonderen Regelung (insbesondere kürzere Fristen) den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung verdrängt, wie es *Eccius*²³⁾ annimmt. Ein stichhaltiges Argument, den Besitz nicht zu den sonstigen Rechten zu zählen, ist dagegen die Auffassung, der Besitz sei kein Recht, sondern lediglich ein rechtserheblicher sozialer Tatbestand²⁴⁾.

Diese Ansicht verdient Zustimmung. Nach § 854 Abs. 1 BGB wird der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über sie erworben. Daraus geht hervor, daß das BGB unter Besitz die vom Verkehr anerkannte tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache verstanden wissen will. Es handelt sich also beim Besitz nicht um ein Rechtsverhältnis, sondern um ein tatsächliches Verhältnis²⁵⁾. Der Besitz ist das tatsächliche Gewaltverhältnis der Person zur Sache²⁶⁾. Vor allen Dingen knüpfen sich an den Besitz nicht die Folgen eines Rechts. Insbesondere ist die Verfügung über den Besitz kein Rechtsgeschäft und erfordert somit auch nicht die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten²⁷⁾. Vielmehr kann der Besitz sogar durch einseitige Besitzergreifung einer bisher im Besitz eines anderen befindlichen Sache auch gegen dessen Willen erworben werden. Der Dieb ist Besitzer der gestohlenen Sache, wobei man ihm jedoch kein Recht an der Sache zusprechen kann. Aus der bloßen Tatsache des Besitzes ergibt sich somit kein subjektives Recht für

²¹⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 19 I = S. 58; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 861 BGB

²²⁾ Eine genaue Aufstellung der Vertreter dieser Ansicht findet sich oben S. 220.

²³⁾ *Eccius*, Kurze Erörterungen, 2. Schuldhafte Verletzung des Besitzes, Gruch. 53, 8

²⁴⁾ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a = S. 352

²⁵⁾ Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Überbl. 1 vor § 854 BGB

²⁶⁾ RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 854 BGB

²⁷⁾ Leonhard, Besonderes Schuldrecht, 1931 § 306 = S. 569

den Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache. Wollte man dies bejahen, so würde jeder unrechtmäßige Besitzer durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache Inhaber eines subjektiven Rechts werden. Dies kann nicht im Sinne der Rechtsordnung sein. Dem steht auch nicht die Tatsache entgegen, daß das bloße Gewaltverhältnis zu einer Sache, auch des bösgläubigen Besitzers, unter bestimmten Umständen (§§ 858 ff BGB) vom Gesetz geschützt wird. Dieser Schutz besteht jedoch nur um der verbotenen Eigenmacht willen²⁷⁾. Er will keine Rechte des Besitzers wahren, sondern lediglich der Ausübung verbotener Eigenmacht durch Dritte entgegenwirken. Auf diese Weise dient der Schutz der tatsächlich bestehenden Besitzverhältnisse der Friedenwahrung im öffentlichen Interesse²⁸⁾, ohne daß dadurch irgendwelche Rechte des derzeitigen Besitzers bestärkt oder aufrechterhalten werden sollen. Es läßt sich also aus dem tatsächlichen Gewaltverhältnis zu einer Sache kein subjektives Recht ableiten. Denn der Besitz selbst gibt kein Recht auf das Haben der Sache²⁹⁾. Die herrschende Meinung, daß der Besitz nicht nur Tatsache sei, sondern ein Recht auf den Besitz gewähre, das gegen Besitzstörung und Besitzentziehung durch Klage geschützt sei³⁰⁾, erscheint ungenau. Weder ist oder gewährt der Besitz als solcher ein Recht, noch steht dem im Verhältnis zum Entzieher oder Störer fehlerhaft Besitzenden, jedenfalls für die Dauer eines Jahres (§§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2 BGB), der Klageschutz zu; gegenüber jedermann und unbedingt hat er nur das Selbstverteidigungsrecht nach § 859 BGB³¹⁾. Da nach herrschender Lehre der Besitz ein sonstiges Recht ist, müßte jeder Besitz, insbesondere auch der unberechtigte Besitz, also selbst der Besitz des Diebes, den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen. Dies wird auch allgemein angenommen³²⁾. Trotzdem will man aus der Verletzung des unrechtmäßigen Besitzes jedoch keinen Schadensersatzanspruch herleiten. Der Eigentümer, der zwei Jahre nach dem Diebstahl dem Dieb die gestohlene Sache gewaltsam fortnimmt, verletzt nach der herrschenden Meinung den Besitz des Diebes. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB soll jedoch gleichwohl nicht bestehen, da der rechtswidrige Besitz des Diebes angesichts der sofortigen Herausgabepflicht wertlos sei³³⁾. v. Gierke³⁴⁾ ist ebenfalls der Ansicht, daß der Schadensersatzanspruch an sich auch dem unredlichen Besitzer (Dieb) zustehe, dieser aber nicht durchdringe, weil er die Sache wieder herausgeben müsse; noch einfacher könne man sagen, weil er keinen Schaden erlitten habe. Gerade im Falle der Verletzung des unredlichen Besitzes zeigt sich somit die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung, den Besitz als solchen zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu zählen. Folgerichtig müßte dann auch der unredliche Besitz, insbesondere der des Diebes, denselben Rechtsschutz genießen. Man scheut aber dann doch davor zurück, dem Dieb einen Schadensersatzanspruch zuzubilligen. Die dafür angeführte Begründung ist jedoch nicht stichhaltig. Die Frage, ob dem unredlichen Besitzer ein Schaden entstanden ist, hängt nicht von seinem rechtlichen Verhältnis zu der Sache ab, sondern ist eine rein tatsächliche Frage. Jede Entziehung des Besitzes bedeutet auch für den unredlichen Besitzer einen Schaden, unabhängig davon, ob er die betreffende Sache nach dem materiellen Recht wieder herausgeben muß oder nicht. Jede Entziehung

²⁷⁾ Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931 § 306 = S. 569

²⁸⁾ Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 9. Aufl. 1903 § 200, 3 a N. 23 = S. 1261/62

²⁹⁾ Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919 Erl. 5 vor § 854 BGB

³⁰⁾ Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958 § 234 I 1 c = S. 943

³¹⁾ Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951 S. 16 N. 8

³²⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 12, 4 = S. 31; Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 8, 4 = S. 57

³³⁾ Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. 1960 § 8, 4 = S. 57

³⁴⁾ v. Gierke, Das Sachenrecht des bürgerl. Rechts, 4. Aufl. 1959 § 12, 4 = S. 31

oder Störung des Besitzes bedeutet für den derzeitigen Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache einen Schaden, weil er an der ungestörten Ausübung des Besitzes gehindert ist. Geschädigt ist also auch der Dieb, wenn ihm die gestohlene Sache entzogen wird.

Mit der Begründung, daß dem unredlichen Besitzer bei einer Verletzung des Besitzes kein Schaden entsteht, läßt sich also das Problem nicht lösen. Wer den bloßen Besitz als subjektives Recht anerkennen will, muß ihn auch zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zählen und dann notwendigerweise jedem Besitz den Rechtsschutz dieser Vorschrift gewähren, weil der Besitz nach § 854 Abs. 1 BGB stets durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird. Im Falle des unredlichen Besitzes zeigt sich jedoch, daß das Ergebnis nicht haltbar ist, auch diesen als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB zu behandeln. Der Besitz ist also lediglich Tatbestandsmoment von Rechtswirkungen³⁵⁾. Insoweit ist er kein Recht und gewährt auch keine Rechte. Die weitere Folge davon ist, daß der Besitz an sich kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sein kann, da durch diese Vorschrift nicht Tatsachen, sondern Rechte geschützt werden. Das heißt jedoch nicht, daß der Besitz niemals den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Entscheidend ist vielmehr, wie im Fall des unredlichen Besitzes deutlich wird, die rechtliche Beziehung des Besitzers zu der Sache, zu der er in einem tatsächlichen Gewaltverhältnis steht.

³⁵⁾ Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919 Erl. 5 vor § 854 BGB

§ 27. Das Recht zum Besitz

1. Das Wesen des Rechts zum Besitz

Vom Besitz an sich als tatsächlichem Gewaltverhältnis über eine Sache ist das Recht auf den Besitz nach materiellem Recht zu unterscheiden¹⁾. Nur derjenige Besitzer, dem ein Recht zum Besitz an der Sache zusteht, über die er die tatsächliche Gewalt hat, verdient den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB. Diese Auffassung, daß nur das Recht zum Besitz, nicht aber der Besitz als solcher, ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB darstellt, ist in Rechtsprechung und Literatur auch bereits vereinzelt vertreten worden²⁾. Die Literatur ist zu diesem Ergebnis von dem Ausgangspunkt gekommen, daß die Schadensersatzklage wegen der Besitzverletzung die Darlegung des Rechtsverhältnisses voraussetze, auf Grund dessen jemand besitzt, weil ohne dies sein Interesse an der Sache nicht bemessen werden könnte³⁾. Kohler⁴⁾ billigt demgemäß dem Besitz nur insofern den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zu, als er Erwerbs- oder Stützmittel eines Rechts ist. Seiner Auffassung nach gehört hierher der gutgläubige Besitz mit seinen Rechtswirkungen, während der Besitz des Diebes keinen Schutz verdiene.

In der gleichen Richtung hat sich auch die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts bewegt. Nach RG 59, 326 (328) gehört das durch die Einräumung des unmittelbaren Besitzes vollzogene Recht des Mieters zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Es handele sich also bei dem Besitz des Mieters nicht um ein reines Obligationenverhältnis. Vielmehr entwachse mit der Übergabe der Mietsache das Recht des Mieters dem reinen Obligationenrecht.

Es bestünden nicht mehr bloß zwischen den obligatorisch Verbundenen Rechte und Pflichten, sondern jedermann habe das durch den Besitz erkennbare Mietrecht zu achten. Sei dies aber der Fall, dann könne es nicht zweifelhaft sein, daß schädigende widerrechtliche Eingriffe von Personen, die nicht im obligatorischen Mietverbande stehen, Schadensersatzansprüche erzeugen könnten. Die Schadensersatzpflicht könne sowohl aus Abs. 1 als auch aus Abs. 2 des § 823 BGB hergeleitet werden. Es ließe sich die Ansicht rechtfertigen, daß das infolge der Besitzeinräumung von jedermann zu achtende Recht des Mieters auf ungestörte Nutzung der Mietsache zu den mit dem Mietvertrag verfolgten Zwecken, eben weil es von jedermann geachtet werden müsse, zu den absoluten Rechten gehöre, von denen § 823 Abs. 1 BGB handle⁵⁾. In Übereinstimmung damit wird in der Literatur zum Teil ausdrücklich der Besitz des Mieters oder Pächters hervorgehoben und zu den sonstigen Rechten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB gezählt⁶⁾. Die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist nicht einhellig⁷⁾. Nur wenige Entscheidungen

¹⁾ RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. 1 zu § 854 BGB

²⁾ Ein eingehender Literaturnachweis über die Vertreter dieser Ansicht findet sich in der Aufstellung auf S. 220

³⁾ Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 2. Bd. 1906 S. 948

⁴⁾ Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. II 1 1906 § 191 II = S. 525

⁵⁾ RG 59, 326 (328) = JW 1905, 113

⁶⁾ Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1898 S. 21; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A I 6 b zu § 823 BGB; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7e zu § 823 BGB

⁷⁾ Löning, Die Grundstücksmietsache als dingliches Recht, 1930 S. 154

rechnen den Besitz schlechthin zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB⁸⁾. Nach RG 91, 60 (65/66) wird der Besitz in Ansehung des Rechtsschutzes gleich einem Recht behandelt und fällt deshalb unter die sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB. Die in dieser Entscheidung enthaltene Bezugnahme auf das oben erwähnte Urteil (RG 59, 326) ist verfehlt. Denn diese Entscheidung spricht gerade nicht dem Besitz als solchen, sondern nur dem durch den Besitz des Mieters erkennbaren Mietrecht den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zu⁹⁾. Ebenso weicht RG 105, 213 (218) von der üblichen Reichsgerichtsrechtsprechung ab. Hier heißt es, daß der Kläger in seinem Besitz an den Pachtgrundstücken geschädigt und dieser Besitz, insbesondere eines Mieters oder Pächters, den in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten anzuschließen sei. Auch in diesem Urteil ist die Bemerkung fehl am Platze, daß an dem vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen entwickelten Grundsatz hinsichtlich der Rechtsnatur des Besitzes festgehalten werde. Vielmehr ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinsichtlich der Frage, ob der Besitz an sich ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei oder nur das durch den Besitz erkennbare Miet- oder Pachtrecht, nicht einheitlich. Während zunächst nur dem Besitz des Mieters oder Pächters der Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB zugesprochen worden war¹⁰⁾, dehnte die spätere Rechtsprechung den Rechtsschutz unter irrtümlicher Berufung auf diese Entscheidung auf jeden Besitz aus, ohne hierfür eine nähere Begründung zu bringen. Darin ist dem Reichsgericht fast das ganze Schrifttum gefolgt.

Beifall kann dagegen nur die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts finden, wonach im Ergebnis nur der Eingriff in den Besitz eines Berechtigten eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sei¹¹⁾. Nur das Recht zum Besitz ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Demnach fällt ein Besitzesingriff nur als Verletzung des Eigentums, eines Rechtes zum Besitz oder eines Anwartschaftsrechts aus gutgläubigem Besitz unter § 823 Abs. 1 BGB. Bei eigenmächtiger Entziehung oder Störung unberechtigten oder bösgläubigen Besitzes besteht somit neben dem Rückgabeanspruch nach § 861 BGB kein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung¹²⁾. Ein Schadensersatzanspruch des bösgläubigen Besitzers, z. B. des Diebes, würde im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung stehen und wäre somit ganz unangebracht. Trotzdem ist der Besitzer, der sich nicht auf ein Recht zum Besitz berufen kann, nicht in allen Fällen schutzlos. Eingriffe in den unberechtigten Besitz fallen dann unter § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie Anwartschaftsrechte auf den Eigentumserwerb vereiteln. Hierher gehört der Besitz des Finders, des Ersitzungsbesitzers und des Fruchtziehers, der die Muttersache auf Grund Gestattung durch einen Nichtberechtigten besitzt (§§ 973, 937, 957 BGB)¹³⁾. Sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind in diesem Fall nicht der Besitz, sondern die jeweiligen Anwartschaftsrechte der betreffenden Besitzer, die sich jedoch nicht auf ein Recht zum Besitz berufen können¹⁴⁾. In allen anderen Fällen kann der Besitz desjenigen, dem kein Recht zum Besitz zur Seite steht, nicht den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen.

Dieses Recht zum Besitz, das Voraussetzung für Schadensersatzansprüche bei Eingriffen in das tatsächliche Gewaltverhältnis einer Person zu einer Sache ist, wird ausdrücklich in § 986 Abs. 1 BGB behandelt. Nach dieser Vorschrift kann der Besitzer die Herausgabe einer Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare

⁸⁾ RG Gruch. 50, 968; WarnRspr. 1922, 46 Nr. 41; RG 102, 344 (347)

⁹⁾ L ö n i n g, Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, 1930 S. 154

¹⁰⁾ RG 59, 326 (328) = JW 1905, 113

¹¹⁾ S i b e r, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 a = S. 451; § 76 I 2 a = S. 453

¹²⁾ Siehe oben S. 198 ff.

Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Das Recht zum Besitz setzt also ein doppeltes voraus:

- a) Der Berechtigte muß die Sache in Besitz haben, d. h. die tatsächliche Gewalt über sie ausüben (§ 854 BGB);
- b) der Besitzer muß ferner dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt sein.

Dieses Recht zum Besitz im engeren Sinne kann ein dingliches oder ein relatives Recht sein. Den dinglichen Rechten kommt in diesem Zusammenhang jedoch keine Bedeutung zu, weil der Inhaber eines dinglichen Rechts als solcher bereits den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießt. Der auf Grund eines dinglichen Rechts zum Besitz Berechtigte, wie der Nießbraucher oder Pfandbesitzer, wird sich daher stets bei einer Schadensersatzklage auf diese Rechte stützen, da er in viel größerem Umfang Schadensersatzansprüche geltend machen kann als der auf Grund eines obligatorischen Rechts Berechtigte¹³⁾.

Als obligatorische Rechtsverhältnisse, auf denen das Recht zum Besitz beruhen kann, kommen insbesondere Miete, Pacht, Leihe und Kauf in Betracht. Jedoch braucht der Vertrag nicht einem Typus der im BGB geregelten Schuldverhältnisse zu entsprechen; es genügt vielmehr die Herstellung einer besitzrechtlichen Beziehung durch den Berechtigten¹⁴⁾. Das Recht zum Besitz kann auch von einem mittelbaren Besitzer hergeleitet werden, der dem Eigentümer der Sache gegenüber zum Besitz berechtigt ist. In allen Fällen muß der Besitz durch Rechtsgeschäft übertragen oder belassen sein. Dieses Recht zum Besitz, das dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine Sache in diesen Fällen zusteht, darf nicht mit den relativen Rechten, auf denen es beruht, verwechselt werden. Vom Besitzerwerb an sind diese Rechte mit unmittelbarer Sachbeherrschung ausgestattet¹⁵⁾. Daher muß das Recht zum Besitz, auch wenn es auf einem Schuldverhältnis beruht und daher einem besseren Recht zum Besitz weichen muß, trotzdem seiner Struktur nach zu den Herrschaftsrechten gezählt werden, denen die Ausschlussfunktion innewohnt¹⁶⁾. Wenn das Recht zum Besitz auch kein Sachenrecht im technischen Sinne ist, so ist es doch ein absolutes Recht. Es darf weder mit dem Recht auf Besitzverschaffung, also der aus dem Schuldverhältnis zunächst entspringenden Forderung, verwechselt werden, noch mit dem Besitz als tatsächlicher Sachherrschaft¹⁷⁾. Es handelt sich also bei dem Recht zum Besitz um ein absolutes und somit gegen jedermann wirkendes Herrschaftsrecht, das auf einem beliebigen rechtlichen Verhältnis zum Eigentümer beruht. Im einzelnen ist hinsichtlich dieses Rechts zum Besitz, dem danach eine besondere Rechtsstellung im System der absoluten Rechte zukommt, noch vieles unklar. Auf jeden Fall steht soviel fest, daß durch die Besitzübertragung aus dem bisher nur relativ zwischen den Vertragspartnern wirkenden obligatorischen Recht ein absolut wirkendes, alle anderen Personen ausschließendes Recht des Besitzers wird¹⁸⁾. Der Besitz läßt somit ein Schuldrecht kundbar werden und hat in dieser Hinsicht eine Publizitätsfunktion¹⁹⁾. Der Besitz allein genießt nicht deswegen dinglichen Schutz, weil er selbst ein dingliches Recht wäre, sondern er verwandelt lediglich ein obligatorisches Besitzrecht

¹³⁾ Siehe unten S. 237

¹⁴⁾ Erman - Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 2 b zu § 986 BGB

¹⁵⁾ Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 a = S. 451

¹⁶⁾ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 66 I a = S. 352

¹⁷⁾ Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil 3. Aufl. 1959 § 36 I a = S. 21

¹⁸⁾ RG 59, 326 (328) = JW 1905, 113; RG WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299

¹⁹⁾ Löning, Die Grundstücksrente als dingliches Recht, 1930 S. 157; Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951 S. 15

in ein kundbares Recht, das als sonstiges Recht nunmehr durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt werden muß²⁰⁾.

Sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind somit die Besitzrechte des Käufers, Mieters, Pächters oder Entleihers. Praktisch besteht also im wesentlichen kein Unterschied zu den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, da es sich dabei im allgemeinen um derartige Rechte gehandelt hat. Dem Besitzrecht des Mieters und Pächters ist von der Rechtsprechung stets der Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zugesprochen worden²¹⁾. Auch der Fischereipächter genießt den Rechtsschutz dieser Vorschrift²²⁾. Dasselbe muß für den Besitz des Käufers gelten, dem ein Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht übereignet ist. Dem Käufer steht dann ein Recht zum Besitz zu. Beim Kauf einer beweglichen Sache kann ein solcher Fall nicht eintreten, da der Käufer durch die Übergabe gemäß § 929 BGB bereits Eigentümer oder Träger eines Anwartschaftsrechts wird und als solcher Schutz gegen jedermann genießt. Das gleiche Recht zum Besitz steht auch dem Entleiher zu. Nicht hierher gehört dagegen der Besitz des Verwahrers, da dieser die hinterlegte Sache nicht gebrauchen darf²³⁾. Es steht ihm also kein Besitzrecht, sondern nur eine Besitzpflicht zu. Außerdem würde dem Verwahrer bei einer Verletzung kein Schaden entstehen, da für ihn die hinterlegte Sache keinen Gebrauchswert hat; er könnte also höchstens einen Schaden für den Hinterleger in dessen Interesse geltend machen. Geschützt ist aber der Besitz des Frachtführers und der Transportanstalten, denen das Frachtgut zum Zwecke der Beförderung übergeben worden ist, ohne Unterschied auf die Art des Transportgeschäftes²⁴⁾. Die streitige Frage, ob das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ein Recht zum Besitz gewährt, braucht hier nicht entschieden zu werden, da das Anwartschaftsrecht selbst ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist²⁵⁾. Ein Recht zum Besitz verleiht ferner auch das gesetzliche oder vertragliche Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000 BGB)²⁶⁾.

Schließlich kann das Recht zum Besitz auf familien- oder erbrechtlichen Tatbeständen beruhen. Nach dem bis zum 1. 4. 1953 (Art. 3 Abs. 2, 117 Abs. 1 GG) geltenden gesetzlichen Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung war der Mann gemäß § 1373 BGB berechtigt, die zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Außerdem hatte er gemäß § 1374 BGB das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten. Dieses ehemännliche Besitz- und Verwaltungsrecht ist von der Rechtsprechung wiederholt als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt worden²⁷⁾. Bei dem vertragsmäßigen Güterstand der Gütergemeinschaft unterlag die Verwaltung des Gesamtgutes dem Mann. Insbesondere war er berechtigt, die zu dem Gesamtgut gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen (§ 1443 BGB). Auch hieraus ergibt sich ein Besitzrecht des Ehemannes an dem Gesamtgut, das ebenfalls entsprechend geschützt wurde²⁸⁾. Aus dem seit 1. 7. 1958 (Art. 8 II Ziff. 4 GleichberG v. 18. 6. 1957) bestehenden gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB) ergeben sich

²⁰⁾ Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951 S. 15

²¹⁾ RG 59, 326; RG 105, 213 (218); RG Recht 1915 Nr. 2487; BGH JZ 1954, 613 = BB 1954, 426

²²⁾ RG Recht 1911 Nr. 2879; RG WarnRspr. 1915, 467 Nr. 299

²³⁾ Palandt-Gramm, 19. Aufl. 1960 Einf. 2 vor § 688 BGB

²⁴⁾ RG 102, 344 (347); Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerl. Rechts, Schuldrecht, 1931 § 76 I 1 a = S. 451

²⁵⁾ Siehe oben S. 205 ff.

²⁶⁾ Reichhelm, Untergang des Zurückbehaltungsrechts durch Zufall und unerlaubte Handlung, DJZ 1913 (XVIII), 861

²⁷⁾ OLG Stuttgart Recht 1917 Nr. 1277; RG WarnRspr. 1922, 46 Nr. 41 = Recht 1922 Nr. 598 = LZ 1922, 230 = SeuffA 77, 128 Nr. 73

²⁸⁾ OLG Hamburg 7, 404

keine Besitzrechte des Mannes, weil es sich um eine besonders ausgestaltete Gütertrennung mit Ausgleich des während der Ehe eingetretenen Zugewinns handelt. Dagegen ergeben sich aus dem vertragsmäßigen Güterstand der Gütergemeinschaft auch heute noch Besitzrechte des verwaltenden Ehegatten. Dieser ist nach § 1422 BGB zum Besitz des Gesamtguts berechtigt und hat das grundsätzlich freie Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Gesamtgut. Danach hat der verwaltende Ehegatte ein Recht auf Inbesitznahme, das sich gegen jedermann richtet²⁹⁾. Entsprechendes gilt für die Verwaltung des Kindesvermögens. Ein Recht zum Besitz hat auch der Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB.

Schließlich kann das Recht zum Besitz auch auf öffentlichem Recht beruhen, z. B. auf Beschlagnahme oder Einweisung³⁰⁾. Voraussetzung für das Vorliegen eines sonstigen Rechts ist aber auch in diesen Fällen, daß das Recht zum Besitz tatsächlich ausgeübt wird. Weder die Zuweisung nach § 15 WohnrBewG noch die Mietverfügung nach § 16 WohnrBewG, die die Wirkung eines Mietvertrages hat, begründen somit ein Recht zum Besitz, solange der Berechtigte noch nicht Besitzer der zugewiesenen Wohnräume ist. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Wohnungssuchende lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Besitzübertragung, der durch die Mietverfügung begründet wird³¹⁾. Da das durch den Zwangsmietvertrag begründete Mietrecht vor der Erlangung des Besitzes an den Wohnräumen kein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, kann der Zwangsmieter, dem vom Hauptmieter der Zutritt zu den zugewiesenen Räumen verwehrt wird, gegen diesen keinen Schadensersatzanspruch erheben und insbesondere nicht die Erstattung der aufgewendeten Umzugskosten verlangen³¹⁾. Etwaige Ansprüche aus anderem Rechtsgrund sind hier nicht zu erörtern. Jedenfalls wird das obligatorische Besitzrecht im engeren Sinn nicht schon durch die Zuweisung einer Wohnung durch das Wohnungsamt begründet, sondern erst durch den Abschluß eines Mietvertrages oder den Erlass einer Mietverfügung durch die Wohnungsbehörde (§ 16 WohnrBewG). Ein gegenüber jedermann wirkendes Besitzrecht, das durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt wird, erlangt der Zwangsmieter aber erst durch die Inbesitznahme der zugewiesenen Wohnräume, weil nur das durch den Besitz manifestierte Mietrecht ein sonstiges Recht ist. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines auf öffentlichem Recht beruhenden Besitzrechts ist stets, daß die zugrunde liegende verwaltungsrechtliche Maßnahme, gleichgültig, ob es sich um einen vorübergehenden oder um einen Dauerzustand handelt, gültig ist³²⁾. Ein für das Schadensersatzrecht wichtiger Fall ist das Besitzrecht, das der Unterhaltungspflichtige an öffentlichen Straßen ausübt. Es kommt häufig vor, daß Unterhaltungspflicht und Eigentum an öffentlichen Straßen nicht in einer Hand liegen. Diejenige Körperschaft, die nach öffentlichem Recht zur Unterhaltungspflicht der Straßen gehalten ist, hat ein Recht zum Besitz an den betreffenden Straßenstrecken, soweit sie nicht sogar Eigentümerin ist³³⁾.

Dem Reichsgericht³⁴⁾ kann also darin nicht zugestimmt werden, daß die Frage, ob der Besitzer auch Eigentümer sei, oft auf sich beruhen könne. Vielmehr muß der Besitzer in jedem Fall sein Recht zum Besitz nachweisen. Dies hat auch praktische Bedeutung, weil sich danach die Schadenshöhe des Besitzers bemißt. In dem vom RG entschiedenen Fall hatte der Post- und Telegrafenebeamte ein bereits bestelltes Telegramm bei dem Empfänger ohne dessen Willen wieder abholen lassen und

²⁹⁾ Palandt-Lauterbach, 19. Aufl. 1960 Anm. 3 zu § 1422 BGB

³⁰⁾ Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 2 d zu § 986 BGB

³¹⁾ AG Heidelberg JR 1951, 53 mit Anm. Bettermann, JR 1951, 374

³²⁾ Erman-Hefermehl, 2. Aufl. 1958 Anm. 2 d zu § 986 BGB

³³⁾ OLG Braunschweig 34, 100; BGH VersR 1958, 285

³⁴⁾ RG 91, 60 (65/66)

diesem dadurch einen Schaden verursacht, daß er um einen für ihn günstigen Vertragsabschluß gebracht wurde. Eine Besitzverletzung an der Telegrammurskunde kommt hier überhaupt nicht in Betracht, da der Empfänger durch die Übergabe Eigentümer der Urkunde geworden ist, so daß sich sein Schadensersatzanspruch auf Verletzung des Eigentums gründen kann ³⁵⁾.

Zweifelhaft ist die Frage, ob auch die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers unter § 823 Abs. 1 BGB fällt. Mittelbarer Besitzer ist gemäß § 868 BGB derjenige, dem der unmittelbare Besitzer, also der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, durch ein Besitzmittlungsverhältnis den Besitz vermittelt. Als einschlägige Rechtsverhältnisse werden Nießbrauch, Pfand, Miete, Pacht und Verwahrung ausdrücklich genannt. Der Standpunkt des Gesetzes, auch die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers als Besitz aufzufassen, rechtfertigt sich daraus, daß der mittelbare Besitzer infolge des Rechtsverhältnisses mit dem unmittelbaren Besitzer noch in gewissen Beziehungen zu der Sache steht, insbesondere den Anspruch auf Rückgabe der Sache hat. Da der mittelbare Besitz als echter Besitz gilt, sind grundsätzlich alle Vorschriften, die für den Besitz als solchen gelten, auch auf den mittelbaren Besitz anwendbar. Sofern dem mittelbaren Besitzer also ein Recht zum Besitz zur Seite steht, genießt er den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB. Ist der mittelbare Besitzer Eigentümer oder Inhaber eines dinglichen Rechts an der betreffenden Sache, so wird er seinen Schadensersatzanspruch auf die Verletzung des stärkeren Rechts stützen, weil er dabei einen umfassenderen Schadensersatzanspruch geltend machen kann. Von Bedeutung ist der Rechtsschutz des mittelbaren Besitzers durch § 823 Abs. 1 BGB also für die Fälle, in denen der mittelbare Besitzer sein Recht nur auf ein schuldrechtliches Verhältnis zurückführen kann, wie bei der Untervermietung. Allerdings ist zu beachten, daß eine Störung des mittelbaren Besitzers selbst in seinem Besitz rechtlich nicht möglich ist, da dieser nur auf einem Rechtsverhältnis beruht (§ 868 BGB) und eine Störung dieses Rechtsverhältnisses durch das Verhalten Dritter nach denkbar ist ³⁶⁾. Indessen kann eine Störung des mittelbaren Besitzes auch durch Störung des unmittelbaren Besitzes erfolgen ³⁷⁾. Wird der unmittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht in der Ausübung seines Besitzes gestört, kann der mittelbare Besitzer nach § 869 BGB die Beseitigung der Störung verlangen und entsprechend auch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB klagen. Insoweit ist der mittelbare Besitzer also gegenüber jeder Beeinträchtigung und Entziehung des Besitzes nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Dies gilt auch im Verhältnis zum unmittelbaren Besitz ³⁸⁾.

2. Die Verletzung des Rechts zum Besitz

Verletzbar ist das Recht zum Besitz durch den Eigentümer der Sache, auf die es sich erstreckt, und jeden außenstehenden Dritten.

Verletzt wird das Recht zum Besitz durch jeden Fall der verbotenen Eigenmacht im Sinne von § 858 BGB ³⁹⁾. Verbotene Eigenmacht kann verübt werden durch Besitzentziehung oder Besitzstörung. Besitzentziehung liegt vor, wenn dem Besitzer die tatsächliche Gewalt dauernd genommen wird ⁴⁰⁾. Hierher gehört der Fall, daß der Besitzer eines Grundstücks gewaltsam seines Besitzes entsetzt wird, sowie die

³⁵⁾ Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 926 (929)

³⁶⁾ RG JW 31, 2904 (2906); Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 1 zu § 869 BGB

³⁷⁾ OLG Kiel SchlHA 1906, 197; RG JW 31, 2904 (2906)

³⁸⁾ RG 102, 344 (347)

³⁹⁾ OLG Freiburg JZ 1953, 473

⁴⁰⁾ GRKomm, 11. Aufl. 1959 Anm. I 2 c Rn. 5 zu § 858 BGB

Wegnahme beweglicher Sachen, wie überhaupt jede vollständige und andauernde Beseitigung der Sachherrschaft⁴¹⁾. Verletzt wurde also nach früherem Recht das Besitzrecht des Ehemannes, wenn die Ehefrau ein eingebrachtes Vermögensstück aus der Wohnung des Mannes wegschaffte und an einen Dritten veräußerte⁴²⁾. Die gleiche Besitzverletzung beging jeder Dritte, der auf Geheiß der Ehefrau, aber ohne Wissen und Willen des Ehemannes, eingebrachte Sachen entfernte⁴³⁾. Der Täter konnte sich dabei nicht auf einen Rechtsirrtum berufen, da die Rechte des Ehemannes am eingebrachten Gut der Ehefrau allgemein bekannt waren. An der Rechtsverletzung konnte auch die Zustimmung der Ehefrau nichts ändern. Nach heutigem Recht kann eine Verletzung des Besitzrechts eines Ehegatten durch den anderen nur noch bei der vertragsmäßig vereinbarten Gütergemeinschaft (§ 1422 BGB) in Betracht kommen. Derjenige Ehegatte, der ein zum Gesamtgut gehöriges Sparkassenbuch wegnimmt und einzieht, verletzt das Besitzrecht des anderen Ehegatten⁴⁴⁾. Die Besitzentziehung ist nur dann widerrechtlich, wenn dem Besitzer der Besitz ohne dessen Willen entzogen wird. Die Widerrechtlichkeit ist also ausgeschlossen, wenn der Besitzer der Wegnahme der Sache zugestimmt hat. Nach allgemeiner Ansicht nimmt die Zustimmung aber dann der Besitzentziehung den Charakter der verbotenen Eigenmacht nicht, wenn sie nicht auf freier Willensentschließung beruht, sondern unter dem Druck des Entziehenden erteilt worden ist⁴⁵⁾. Die Einwilligung des Besitzers ist nur dann bedeutungslos, wenn sie unter der Wirkung eines unwiderstehlichen psychischen Zwangs zustande kam. Wenn der Besitzer sich einschüchtern läßt und deshalb die Sache herausgibt, liegt darin keine Besitzverletzung⁴⁶⁾.

Besitzstörung ist die Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genuß des Besitzes, so daß der ruhige befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verwandelt wird⁴⁷⁾. Dieser von der herrschenden Meinung entwickelte Begriff der Besitzstörung bedarf jedoch insoweit gewisser Einschränkungen, als nach dem Begriff des Besitzes, der ein tatsächliches Gewaltverhältnis darstellt, unter Besitzstörung nur Eingriffe in die tatsächliche Gewalt selbst verstanden werden können, die nicht Besitzentziehung sind⁴⁸⁾. Solche Eingriffe in die tatsächliche Gewalt eines Besitzers können physischer oder psychischer Art sein. Als körperliche Einwirkungen kommen die unberechtigte Benutzung der Sache, ihre Beschädigung oder Zerstörung sowie unzulässige Immissionen in Betracht. Hierher gehört also die Anlegung eines Weges auf einem fremden Grundstück, die Verschlammung eines gepachteten Teichgrundstücks durch einen benachbarten Gewerbebetrieb⁴⁹⁾. Dabei besteht dieser Schadensersatzanspruch aus Besitzverletzung neben dem wegen Beeinträchtigung des Fischereirechts durch Absterben der Fische. Ferner fallen unter die körperlichen Einwirkungen die widerrechtliche Beschädigung oder Aberntung von Früchten eines verpachteten Grundstücks, soweit nicht ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Anwartschaftsrechts eingreift⁵⁰⁾, die Beschädigung des nach §§ 586 ff BGB verpachteten Inventars sowie

⁴¹⁾ RG 67, 389; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 4 zu § 858 BGB

⁴²⁾ OLG Stuttgart Recht 1917 Nr. 1277

⁴³⁾ RG WarnRspr 1922, 46 Nr. 41 = Recht 1922 Nr. 598 = LZ 1922, 230 = SeuffA 77, 128 Nr. 73

⁴⁴⁾ OLG Hamburg 7, 404

⁴⁵⁾ RG JW 1928, 497 mit Anm. von Raape; LG Kiel MDR 1949, 366; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 2 zu § 858 BGB

⁴⁶⁾ OLG Freiburg JZ 1953, 473 (474)

⁴⁷⁾ RG 55, 57; RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. I 2 d Rn. 6 zu § 858 BGB; Palandt-Hoche, 19. Aufl. 1960 Anm. 5 zu § 858

⁴⁸⁾ RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. 7 zu § 858 BGB

⁴⁹⁾ RG Recht 1911 Nr. 2879

⁵⁰⁾ Siehe oben S. 201 ff.

die Beschädigung eines gemieteten oder geliehenen Gegenstandes⁵¹⁾, z. B. durch Einwerfen der Scheibe eines Ladenfensters⁵²⁾. Stets stellt die Behinderung an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt eine Verletzung des Besitzes dar, auch wenn der Störer selbst nicht positiv auf die Sache einwirkt⁵³⁾. Der Besitz wird auch durch übermäßige Immissionen jeder Art verletzt. In einem vom RG entschiedenen Fall⁵⁴⁾ drang vom Nachbarhaus in die Mauer der vom Kläger gemieteten Räume, in denen er eine Gastwirtschaft betrieb, Petroleum hinein, verbreitete Petroleumgeruch und machte sie so feuergefährlich, daß die Polizei den Weiterbetrieb der Gastwirtschaft in den gemieteten Räumen untersagte. In dem Durchdringen des Petroleums, dem Geruch und der Feuergefährlichkeit liegt eine Verletzung des Besitzes, die den Störer nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig macht. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Verletzung während der Mietzeit des Klägers erfolgt ist, da vorhergehende Einwirkungen keinen Eingriff in sein Besitzrecht enthalten, weil er die Mieträume bereits in verletztem Zustand erworben hat. Ferner können schädigende Einwirkungen durch Ruß und andere Stoffe aus Fabriken den Pachtbesitz einer Gärtnerei verletzen⁵⁵⁾.

Das Besitzrecht an einer öffentlichen Straße kann dadurch verletzt werden, daß sie durch Fuhrwerke beschädigt wird und vom Fiskus oder derjenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft, der die Unterhaltungspflicht an der Straßenstrecke obliegt, wieder ausgebessert werden muß⁵⁶⁾. Allerdings scheiden Besitzansprüche aus, wenn die Straße im Eigentum des Unterhaltungspflichtigen steht; dieser ist dann in seinem Eigentum geschädigt. Wer einen dem öffentlichen Verkehr nur beschränkt gewidmeten Weg widmungswidrig benutzt, verletzt schuldhaft den Besitz des Berechtigten⁵⁷⁾. In dem vom BGH entschiedenen Fall war ein öffentlicher Forstweg außer einer Bundesstraße, auf der der Beklagte einen Omnibuslinienverkehr betrieb, die einzige Verbindung zwischen zwei Ortschaften. Als die Bundesstraße für längere Zeit wegen Bauarbeiten gesperrt wurde, benutzte der Omnibusunternehmer wie andere Personen- und Lastwagen die Forststraße, um den Weg abzukürzen, obwohl der zuständige Forstmeister ihn mehrmals aufgefordert hatte, den Linienverkehr zu unterlassen. Die starke Inanspruchnahme führte zu erheblichen Schäden, an denen das Omnibusunternehmen wesentlich beteiligt war. In diesem Verhalten liegt eine Besitzverletzung, da ein Linienverkehr nicht dem Gemeingebrauch an einer forstfiskalischen Straße entspricht, die nur für Holzabfuhr bestimmt ist und daher dafür nicht geeignet und nicht genügend grundiert ist. Der Inhalt des Gemeingebrauchs kann durch die Widmung beschränkt werden, wobei eine solche Begrenzung bereits aus der Anlage des Weges und der äußerlich erkennbaren Beschaffenheit des Wegekörpers unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse hervorgehen kann. Eine Überschreitung dieser erkennbaren Grenzen der Widmung führt zur Schadensersatzpflicht. Ebenso wird das Besitzrecht dann verletzt, wenn die Straße durch Kraftwagen stark beschädigt wird, weil die Wagen mit einer besonderen Kettenumwicklung⁵⁸⁾ versehen sind. Als Verschulden (Fahrlässigkeit) genügt in allen Fällen die Vorausschbarkeit der eingetretenen Schäden. Die Schädiger können sich nicht damit entschuldigen, daß sie die Straße benutzen mußten, um einen größeren Umweg zu vermeiden, oder daß die Kettenumwicklung

⁵¹⁾ Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche, 1898 S. 21

⁵²⁾ LG München I SeuffBl 70, 128

⁵³⁾ Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 17 I 2 = S. 53/54

⁵⁴⁾ RG 59, 326 = JW 1905, 113

⁵⁵⁾ RG 105, 213

⁵⁶⁾ OLG Braunschweig 34, 100; BGH VersR 1958, 285

⁵⁷⁾ BGH VersR 1958, 285

⁵⁸⁾ OLG Braunschweig 34, 100

technisch notwendig sei, um die Straße überhaupt befahren zu können. Daraus folgt jedoch keine Berechtigung zur Rechtsverletzung. Das Befahren der Straße muß dann unterbleiben. Den Unterhaltungspflichtigen kann auch kein Mitverschulden treffen (§ 254 BGB), weil er die Straße nicht genügend befestigt hat. Erforderlich ist lediglich, daß die Wege für den ordnungsmäßigen Verkehr genügend tragfähig sind. Zudem ist die geringe Befestigung unter Umständen gerade ein Hinweis auf die Beschränkung der Widmung. Es kann nicht Aufgabe des Fiskus sein, die Straßen besser zu bauen, als es ihrer Widmung entspricht ⁵⁹⁾. Aus diesem Grunde sind auch keine Warnungszeichen für die Benutzer erforderlich ⁶⁰⁾.

Zweifelhaft ist, inwieweit das Besitzrecht im einzelnen durch psychische Einwirkungen, die den Besitzer beunruhigen, verletzt werden kann. Nach herrschender Meinung sollen alle Einwirkungen seelischer Art als Beunruhigung des Besitzers zur Annahme des Tatbestandes der Besitzstörung ausreichen ⁶¹⁾. Diese Auslegung des Begriffes der Besitzstörung ist aber mit dem Wesen des Besitzes als eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses schwer in Einklang zu bringen. Es sind daher nur Eingriffe in die tatsächliche Gewalt als Besitzstörung zu bezeichnen, soweit sie nicht Besitzentziehung sind ⁶²⁾. Die seelische Einwirkung muß so erheblich sein, daß der Besitz nicht mehr zu dem beabsichtigten Zweck ausgeübt werden kann. Durch vermeidbaren, nicht ortsüblichen, erheblichen Lärm bei Bauarbeiten kann unter Umständen das Recht auf ungestörten Besitz verletzt werden ⁶³⁾. Bei Bauarbeiten, die mit erheblichem Lärm verbunden sind, ist auf die Bewohner des Hauses Rücksicht zu nehmen. Eine vermeidbare Beeinträchtigung der Hausbewohner ist rechtswidrig. Insbesondere sind Nachtarbeiten, die erheblichen Lärm erzeugen, in Miethäusern stets nicht ortsüblich. Bei Tagesarbeiten, die eine erhebliche Belästigung der Mitmieter mit sich bringen, ist es Pflicht, den anderen Hausbewohnern Kenntnis von dem beabsichtigten Umbau zu geben, damit diese sich darauf einstellen können, sowie die Arbeiten so einzuteilen, daß die im Hause Berufstätigen durch den Baulärm möglichst wenig geschädigt werden ⁶⁴⁾. Ein Eingriff in die tatsächliche Besitzgewalt liegt dabei dann vor, wenn der Besitz nicht oder nur zum Teil ausgeübt werden kann, Wohnräume also so gut wie unbewohnbar sind und eine Berufstätigkeit, wie eine ärztliche Praxis, Rechtsanwaltskanzlei oder ähnliches, nicht ausgeübt werden kann. Das gleiche gilt für eine Besitzverletzung durch üble Gerüche, die die Beibehaltung einer Wohnung oder die Ausübung einer Praxis unmöglich machen ⁶⁵⁾. Die Entscheidung der Frage, ob bloße Drohungen Besitzstörungen sein können, sollte nach den Motiven ⁶⁶⁾ Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen bleiben. Im einzelnen ist auch hier vieles streitig. Nach der einen Auffassung liegt eine Besitzstörung dann vor, wenn das Bestreiten des Besitzes mit einem förmlichen Verbot weiterer Besitzhandlungen oder mit der Androhung tätlicher Verhinderung der Besitzausübung zusammentrifft ⁶⁸⁾. Nach anderer Ansicht ⁶⁷⁾ stört derjenige, der den Besitz bestreitet, ihn noch nicht. Gegen ihn genügt die Feststellungsklage. Wer den Besitzer für den Fall einer Besitzaus-

⁵⁹⁾ BGH VersR 1958, 285

⁶⁰⁾ OLG Braunschweig 34, 100

⁶¹⁾ Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 Rn. 13 zu § 858 BGB; RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. I 2 d Rn. 6 zu § 858 BGB

⁶²⁾ RGRKomm. 11. Aufl. 1959 Anm. I 2 d Rn. 6 zu § 858 BGB

⁶³⁾ BGH JZ 1954, 613

⁶⁴⁾ Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 926 (929, 932)

⁶⁵⁾ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 1888 3. Bd. S. 126

⁶⁶⁾ RG JW 1931, 2904; Staudinger-Seufert, 11. Aufl. 1956 Anm. II 2 e Rn. 14 zu § 858 BGB; Erman-Westermann, 2. Aufl. 1958 Anm. 3 zu § 858 BGB

⁶⁷⁾ Matthießen JW 1931, 2904; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 17 I 2 d = S. 54

übung bedroht, stört den Besitz nur, wenn der Bedrohte wegen der Drohung die Besitzausübung unterläßt. Dem ist im Ergebnis beizutreten, weil nur unter diesen Umständen ein Eingriff in die tatsächliche Gewalt des Besitzers vorliegt. Bei Grundstücken sind gerade in diesem Fall die Grenzen zwischen Störung und Entziehung des Besitzes schwer zu ziehen. Dasselbe Wort kann im Munde des einen sich auf die Herbeiführung einer bloßen Rechtsunsicherheit beschränken, im Munde des anderen aber die Vertreibung des Besitzers bewirken. Es kommt darauf an, ob die Einwirkung im einzelnen Falle derart ist, daß man nach der Verkehrsanschauung den Besitz als beendet anzusehen hat. So ist es, wenn es jemand nach einer Drohung nicht mehr wagt, sein Grundstück zu betreten⁶⁸⁾. Das bloße Wort hat dann die gleiche Wirkung wie eine gewaltsame Vertreibung.

3. Der Schadensersatzanspruch

Bei der Behandlung des Schadensersatzanspruches, den der verletzte Besitzer geltend machen kann, ist zu unterscheiden, ob die Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249 S. 1 BGB) möglich ist oder nicht (§ 251 Abs. 1 BGB).

Der Schadensersatzanspruch ist bei Besitzentziehung gemäß § 249 S. 1 BGB auf Wiedereinräumung des Besitzes gerichtet. Dieser Anspruch wird nicht durch die Regelung des § 861 BGB, der eine kürzere Verjährungsfrist für die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes festsetzt, verdrängt. Denn da der Besitzschutz nach § 823 Abs. 1 BGB im Gegensatz zu § 861 BGB einen qualifizierten Besitz und Verschulden voraussetzt, kann er über die Grenzen des § 861 BGB hinausgehen. Daher ist also den Ausführungen von Eccius⁶⁹⁾ und Josef⁷⁰⁾ nicht zuzustimmen. Bei Zerstörung oder Beschädigung der Sache, auf die sich das Besitzrecht erstreckt, kann der Geschädigte seinen Geld- oder Vermögensschaden geltend machen⁷¹⁾. Wiederherstellung des früheren Zustandes kann der geschädigte Besitzer nur dann verlangen, wenn die Sache beschädigt worden ist⁷²⁾. Der Schadensersatzanspruch ist dann auf die Reparatur bzw. die dafür erforderlichen Kosten gerichtet, so z. B. im Falle der Beschädigung einer öffentlichen Straße⁷³⁾. Ist dagegen die Sache vernichtet, veräußert oder beiseite geschafft, so umfaßt der Schaden aus der Besitzverletzung als solcher nicht den Substanzwert der beschädigten, zerstörten oder entzogenen Sache⁷⁴⁾. Der Schaden des Besitzers besteht nur im Nachteil, den er durch den Entzug des Besitzes erleidet (vgl. § 2169 Abs. 2 BGB); er ist also nur soweit geschädigt, als seine Interessen verletzt sind⁷⁵⁾. Der zu ersetzende Besitzwert⁷⁶⁾ an der Sache kann sich insofern als Vermögensschaden bemerkbar machen, als dem früheren Besitzer diejenigen Aufwendungen zu ersetzen sind, die er zur Wiederbeschaffung eines solchen Gegenstandes machen muß⁷⁶⁾, sowie als Vermögensschaden, der durch die Besitzverletzung entstanden ist. Hierher gehören also die Kosten des Mieters, der im Hotel übernachten mußte, weil seine Woh-

⁶⁸⁾ OLG Braunschweig 20, 395

⁶⁹⁾ Eccius, Kurze Erörterungen, 2. Schuldhafte Verletzung des Besitzes, Gruch 53, 8

⁷⁰⁾ Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 926 (929, 933)

⁷¹⁾ Josef, Zwei Fragen aus der Lehre vom Besitz, II. Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung des Besitzes, LZ 1925, 929; Soergel, 8. Aufl. 1952 Anm. A 6 b aa) zu § 823 BGB

⁷²⁾ BGH VersR 1958, 285; OLG Braunschweig 34, 100

⁷³⁾ Rosenberg, Komm. zum Sachenrecht, 1919 Erl. II 3 vor § 858 BGB; Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 858 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 16 I 3 = S. 51; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 e zu § 823 BGB

⁷⁴⁾ v. Tuhr, Der Allg. Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1910 § 11 II 6 e = S. 215; Rosenberg, Kommentar zum Sachenrecht, 1919 Erl. II 3 vor § 858 BGB

⁷⁵⁾ Planck-Brodmann, 5. Aufl. 1938 Anm. 2 zu § 858 BGB

⁷⁶⁾ Josef, LZ 1925, 929 ff.

nung eine Zeitlang unbewohnbar war, und der Verdienstausschlag des in seiner Praxis gestörten Berufstätigen⁷⁷⁾. Schadensersatz ist also nur für die Entziehung oder Störung der dem Besitzer aus dem Besitz fließenden rechtlichen Vorteile zu leisten. Der Besitzer kann auch nicht unter Berufung auf § 851 BGB den Sach- oder Tauschwert der Sache, auf die sich sein Besitzrecht erstreckte, geltend machen, da diese Vorschrift lediglich den Schutz des guten Glaubens bei Leistung von Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache regelt, nicht aber die materielle Befugnis des Besitzers zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches⁷⁸⁾. Diese Schadensersatzforderung steht lediglich den dinglich Berechtigten zu⁷⁹⁾. Im Verhältnis zwischen Eigentümer, Besitzer und Schädiger kann also der Eigentümer den Substanzwert der Sache ersetzt verlangen und der Besitzer den Ausgleich der ihm entgangenen Besitzvorteile, insbesondere den ihm durch die Besitzverletzung entstandenen Vermögensschaden.

Den Ersatz des Substanzwertes der beschädigten, zerstörten oder entzogenen Sache kann der Besitzer aber häufig aus dem Gesichtspunkt der Schadensliquidation im Drittinteresse im eigenen Namen geltend machen. Dieses Recht des Besitzers ist aus dem Rechtsgedanken herzuleiten, daß derjenige, der einem anderen gegenüber zur Obhut über eine Sache vertraglich verpflichtet ist, den diesem durch die Beschädigung der Sache verursachten Schaden selbst geltend machen kann, weil seine Belange und die des Sacheigentümers, dem er unter Umständen haftbar ist, miteinander verknüpft sind⁸⁰⁾.

⁷⁷⁾ BGH JZ 1954, 613

⁷⁸⁾ Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Bd. 1903 S. 209 N. 62; Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957 § 16 I 3 N. 4 = S. 51 gegen Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. u. 9. Aufl. Bd. II 1 1905 § 44, 3 a N. 19 = S. 240

⁷⁹⁾ Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Bd. 1903 S. 209 N. 62

⁸⁰⁾ RG 93, 39 (40/41); RG 170, 1 (6) = DR 1942, 1363; Erman-Drees, 2. Aufl. 1958 Anm. 7 e zu § 823 BGB

Der Begriff des sonstigen Rechts im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB

§ 28. Der Begriff des „sonstigen Rechts“

Der Begriff des sonstigen Rechts, wie er sich von den Rechten an Sachen her ableitet, setzt zunächst das Vorhandensein eines subjektiven Rechts voraus. Das Recht muß durch die Rechtsordnung anerkannt sein und somit eine genügend gesicherte Rechtsgrundlage haben. Ferner muß das sonstige Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB genau bestimmt und in seinem Gegenstand abgrenzbar sein, weil nur dann die Verletzungshandlung begrifflich zu erfassen ist. Schließlich muß das sonstige Recht verletzbar sein. Dieses Tatbestandsmerkmal ist wichtig, da es, wie die Untersuchung gezeigt hat, absolute Rechte gibt, die nicht verletzbar und somit keine sonstigen Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB sind.

Ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist also ein durch die Rechtsordnung anerkanntes bestimmtes und abgrenzbares, verletzbares Recht, dessen Verletzungsfolgen nicht durch Sondervorschriften geregelt sind.

Sachverzeichnis

Die Zahlen bezeichnen die Seiten des Buches

- Abbaurecht 174 f.
Abfindungsrecht für abgelöste
 Reallasten 46
Ablagerung 168 f.
Ableitung 129
Ablösungsrecht 89
Ablösungssumme 62
Absolute Rechte 16 f., 230
Abwässer 144 ff., 164, 174
Abwurfstangen 101, 109 f.
Abzweigungen 129
Aktie 214 f.
Aneignungsgestattung 98, 103, 181 ff.,
 202
Aneignungsrechte 90 ff.
Aneignungsrecht des Fiskus 94 ff.
Anlieger 28
Anliegerfischereirecht 131
Anliegergebrauch 28 f.
Anliegerrecht 20 ff., 28, 31
Anlocken des Wildes 111
Anteilsrechte 214
Anwartschaftsrechte 184 ff., 229
Anwenderrecht 26
Aufbereitungsanstalt 170
Aufopferungsanspruch 31, 143
Auktion 181 f.
Aussicht 34, 38
- Bannrechte 17
Baubeschränkungen 38
Bauarbeiten 236
Bauhandwerker 50 f., 180
Baumaterial 23
Bäume 20, 176
Bauwerk 37
Bestandung des Jagdpachtvertrages
 105
Bedingung 205 ff.
Begriff des sonstigen Rechts 239
Berechtigte Gewerkschaft 217
Bergung 73, 75
Bergwerk 174, 217
Bergwerkseigentum 165 ff.
Bergwerksunternehmen 168, 170, 173 f.
Beschlagnahme 232
Beschränkte Fischereirechte 122, 138 f.
Besitz, 14, 16, 177 ff., 198, 202, 209,
 219 ff.
Besitz des Jagdpächters 117
Besitzentziehung 233 f.
Besitzergreifung 182
Besitzlose Pfandrechte 66 ff.
Besitzstörung 234 ff.
Bestandteile 174, 201 ff.
Bienen 92
Binnengewässer 128 ff.
Binnenschifffahrt 74
Bodenbestandteile 38 ff., 96
Brücke 22
Buchersitzung 199
- Code civil 9
- Dauerwohnrecht 43
Deliktsbegriff 9 f.
Dereliktion 92, 94
Dienstbarkeit 37 ff.
Dienstbarkeitsbesitz 41
Dingliche Rechte 16 ff., 91, 95, 185, 207
Drittschaden 213, 238
Dritt widerspruchsklage 85
Duldungsanspruch 180
Düngemittel 75, 78
- Ehre 13 f.
Eier 101, 109
Eigenjagdbezirk 101, 113
Eigenmacht 223 f., 233
Eigentümergrundschild 60 f., 196 f.
Eigentumsanwartschaftsrecht 205 ff.
Eigentumserwerb 93
Eigentumsfischereirecht 131
Eigentumsvorbehalt 213
Eingebrachtes Gut 231, 234
Einigung 187 f., 191

Einrichtung 177
Einsetzen von Wild 122 ff.
Einsturzgefahr 21
Einweisung 232
Eisenbahn 38 ff., 72
Enteignungsentschädigung 97
Entstehungsgeschichte 12 ff., 221
Entwurmung 33
Entwicklungsgeschichte 15 ff.
Entwürfe zum BGB 12 f.
Erbbauerecht 37
Erlaubnisschein 134, 136
Erlegungs-Jagdbezirk 111, 120
Ernte 76, 202
Ersatzgeld 86
Ersitzung 198 ff., 229
Erwerbsberechtigung 91
Erwerbsgestattung 181
Erzeugnisse 96 f., 181 ff., 201 ff.

Fahrnispfandrecht 64 ff.
Fahrzeugverkehr 33
Fallwild 101, 109, 11, 119
Fangausfall 154 f.
Fangmittel 132
Federwild 101, 109
Feldschadengesetz 86
Fensterrecht 24, 38
Feste Stoffe 145, 148, 154
Fischbestand 130, 139, 153 ff.
Fischbrut 129, 140
Fische 128 ff.
Fischereiberechtigung 131
Fischereibetrieb 131, 133, 136, 139, 155
Fischereifrevel 86
Fischereigast 136
Fischereigenossenschaften 134, 156
Fischereigeräte 86
Fischereipacht 134 ff.
Fischereirecht 126 ff.
Fischlaich 129, 140
Fischnacheile 129
Fischsterben 144, 153 f.
Fischwilderei 136 f., 153 f.
Floß 75, 78
Fluchtliniengesetz 30 f.
Flußbetteigentum 159 f.
Folgerecht 72 f., 77
Förderungskosten 172 f., 175
Forderungsrechte 12 f., 16
Forstliche Bewirtschaftung 27
Forst- und Waldgerechtigkeiten 38
Frachtführer 72, 231
Freie Aneignung 92
Freiheit 13 f.
Frösche 128
Früchte auf dem Halm 76
Fruchterwerb 182, 201 ff.

Fruchtziehung 181 ff., 219
Fund 193 f., 229
Fußgängerverkehr 33

Gastwirt 71
Geh- und Fahrrecht 23, 38
Gemeingebrauch 17, 28, 141 ff., 157, 160
Geruch 236
Gesamtgut 231, 234
Geschäftsanteil einer GmbH 69, 86, 216 ff.
Gesellschaftsvermögen 214
Gesetzliche Pfandrechte 70 ff.
Gestattungsempfänger 181 ff., 202 ff.
Gewässer 128 f., 157 ff.
Gewerbebetrieb 21, 36
Gewerbliche Anlagen 40, 117, 144, 151 ff.
Grubenfeld 171 ff.
Grundbucheintragung 187
Grunddienstbarkeit 30, 38
Grundpfandrechte 48 ff.
Grundschuld 60 ff.
Grundstückserwerber 187 ff.

Haarwild 101
Halden 168 f.
Hammerschlags- und Leiterrecht 26
Haustiere 86 f.
Haverei 73 f., 78
Hegerecht 101, 116, 130, 139, 155
Heimfallanspruch 45
Heimstätten 45
Herrenlose Sachen 92, 94 ff., 159, 165
Hilfeleistung 73, 75
Hilfsbaue 170
Hinterlegung 70
Hochseefischerei 92, 126
Hochwild 101
Höher- und Tieferlegung der Straße 29, 33
Holzschlag 27 f., 38
Hypothek 48 ff., 68
Hypothekenbestellung 196 ff.
Hypothekenbrief 68

Immissionen 38
Industrialisierung 16 f.
Insekten 92
Interessentenweg 36

Jagdausübungsrecht 101 ff., 115 f.
Jagdbare Tiere 101, 128
Jagdbefugnis 102 ff., 112 ff.
Jagdbetrieb 115 ff., 123, 125
Jagdbeute 101, 107, 112, 119 ff.
Jagdbezirk 101, 110 f.
Jagderlaubnis 103

Jagdgenossenschaft 101 f., 113
Jagdgenuß 124 f.
Jagdpacht 102 ff., 115, 117
Jagdrecht 100 ff.
Jagdschutz 116
Jagd-, Wach- und Gesindefronden 46

Kabelfpfandrecht 67
Kaltes Abbrennen 52, 59
Kanal 33
Kanalisationsabwässer 145, 147
Kläranlagen 147
Kommissionär 71
Konkursverwalter 54, 65 f.
Koppelfischerei 134
Kraftfahrzeug 110, 235
Krebse 128
Kunstdünger 110
Küstenfischerei 127
Kux 217

Ladenfenster 34, 235
Lagerhalter 72
Lagerstätte 165, 175
Landwirtschaftlicher Betrieb 51 f., 59, 110
Lärm 236
Leibrente 46
Leihbesitz 230 f.
Licht 29, 31, 34
Lichtrecht 24, 35, 38
Löschung im Grundbuch 62
Luft 29, 31, 34, 92
Luftfahrzeug 66 f.

Manöverschäden 118
Maschinen 51 f.
Meer 92, 157
Meeresküsten 157
Mietbesitz 228 ff., 236
Militärfiskus 33
Mineralien 165 ff.
Mitbesitz 65
Mittelbarer Besitz 230, 233
Monopolrechte 17
Motive zum BGB 12, 59
Moos 128, 137
Mühle 33, 36, 163
Muscheln 92, 128, 137
Muten 166

Nachbargrundstück 176
Nachbarrechte 23 ff.
Nachbarrevier 110 f., 114
Niederwild 101
Nießbrauch 41 ff.
Notstand 115
Notwegrecht 22 f., 36, 117

Öffentliches Recht 232
Öffentliche Straße 21, 28 f., 232, 235, 237

Pachtbesitz 229 ff.
Pachtinventarpfandrecht 67
Persönlichkeitsrecht 10, 17
Pfandrecht 64 ff., 206
Pfändung 82
Pfändungspfandrecht 82 ff.
Pfleger 95, 98
Pflügen 27
Post 86
Preußisches Allgemeines Landrecht 9, 30 f., 59
Privatpfändungsrecht 86 ff.
Privilegien 17
Psychische Einwirkungen 236

Rangänderung 68
Reallast 46
Rechnungslegung 172
Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 10, 17
Recht zum Besitz 178, 199, 228 ff.
Rechtsirrtum 51, 54, 172 f.
Reeder 73
Regalien 17
Regenwasser 21
Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen 66 f.
Reitrecht 38
Rentenbankrente 47
Rentenschuld 62
Rohr- und Schilfnutzung 38, 131
Römisches Recht 9, 59
Rotwild 101

Sachenrechte 18 f.
Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch 10
Schachtanlagen 174
Schädigende Anlagen 20
Schatzfund 96 f., 194 f.
Schiffahrtsbetrieb 143
Schiffer 74
Schiffsgläubiger 74 f.
Schiffshypothek 66
Schildkröten 128
Schlinge 107, 109, 119
Schürfen 166
Schutzgesetz 223 f.
Schweizerisches Obligationenrecht 10, 42
Seehandel 73
Segelsportvereine 140
Selbständige Fischereirechte 131 ff.
Siedlungswesen 45
Spediteur 71

Stickstoffgewinnung 92
Stimmrecht 69, 215 f.
Straßenanlieger 28 ff.
Straßenbaulasträger 21
Straßenland 55
Straßensperre 33, 35
Straßenzustand 29, 36
Sträucher 20, 176
Subjektives Recht 15
Subjektiv-öffentliche Rechte 17, 32
Substanzwert 238
Surrogation 42, 58, 97, 208, 212

Tabularersatzung 199
Tauben 184
Testamentsvollstrecker 232
Tiere 92, 100 ff.
Torfgewinnungsrecht 38 f.
Trennung 176, 181 ff., 201 ff.
Trepprecht 27
Truppenübungen 33, 118

Übergabe 191
Überhang 176 f.
Überwuchs 176 f.
Uferanlieger 35
Uferbenutzungsrecht 130
Unterlassung 125, 156, 173

Verarbeitung des Wildergutes 108 f.
Verbindung 33, 36
Vermieterpfandrecht 70, 78 ff.
Verpächterpfandrecht 70, 78 ff.
Versteigerungserlös 58, 97
Verstrickung 82, 84
Vertragspfandrechte 64 ff.
Verwahrung 183, 231
Verzögerung der Befriedigung 57
Vieh 51, 53
Viehtrieb 38
Vierung 171
Vorbehaltskäufer 205 ff.
Vorbehaltsverkäufer 208, 212
Vorkaufsrecht 44
Vormerkung 189 ff.

Wagen 31 f.
Waldbesitzer 27
Walderzeugnisse 28, 38, 92
Wasserbauten 141 f., 155 f.
Wassergebrauchsrechte 157 ff.
Wassergerechtigkeiten 38, 41, 162
Wasserhaushaltsgesetz 151 ff.
Wasserlauf 28, 33, 35, 157 ff.
Wassernutzung 159 f.
Wasserrecht 141 ff.
Wassertiere 128, 136, 139
Wasserwelle 158
Wegegerechtigkeit 38 f.
Wegekörper 29
Wegnahmerecht 177 ff.
Weidegerechtigkeit 38
Werkunternehmer 71
Wertpapiere 90
Wesentliche Bestandteile 42, 49, 61, 63,
65, 96, 117 ff., 181 ff.
Widmung 55, 232
Wiederkaufsrecht 45
Wildbestand 101, 116 ff., 123
Wildbretwert 124
Wilderer 105, 109, 111, 120
Wildergut 108, 111 f., 120
Wildfolge 110
Wildseuche 114
Wildvergiftung 110
Wildwechsel 111, 114
Wohnraumbewirtschaftung 232
Wohnrecht 43
Wohnungseigentum 43
Wurzel 176

Zählung 109
Zubehör 51 ff., 61, 63, 174, 191
Zuchtwert 123 f.
Zufahrtsweg 33
Zugang 28 ff., 33
Zurückbehaltungsrecht 231
Zwangsrechte 17
Zwangsversteigerung 56
Zwangsvollstreckung 53, 209
Zweige 176

LEBENS LAUF

Am 13. März 1935 wurde ich in Erfurt als Sohn des Versicherungsbeamten Hugo Koch und dessen Ehefrau Berta, geb. Petersen, geboren. In der Zeit vom Herbst 1942 bis Oktober 1946 besuchte ich die dortige Volksschule. Mein Vater wurde im Oktober 1946 nach Hamburg versetzt, wo ich in der Kirchenpauer-Oberschule Aufnahme fand. Durch Umzug meiner Eltern kam ich am 1. April 1947 nach Hann. Münden. Dort wurde ich in das Städtische Gymnasium aufgenommen und war bis zur Übersiedlung nach München Schüler dieser Anstalt. In München trat ich im Juni 1952 in das Wilhelmsgymnasium ein, wo ich am 14. Juli 1953 die Reifeprüfung bestand. Im Wintersemester 1953/54 begann ich an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München das Studium der Rechtswissenschaft, das ich am 8. August 1957 durch Ablegung der 1. juristischen Staatsprüfung abschloß.

Zur Zeit stehe ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst.

